Juriſtiſche Geſellſchaft

in Frankfurt am Main.

Rundſchau.

Für die Mitglieder der Geſellſchaft als Manuſcript gedruckt.

Zweiter Jahrgang
1868.

Frankfurt am Main.

Druck von C. Naumann's Druckerei.

Digitized by Google

Digitized by Google

Juristische Gesellschaft.

Monatliche Rundschau der gerichtlichen Entscheidungen.

Januar, Februar 1868.

A. Strafkammer des Stadtgerichts.

68.

Sind in der Privatklage mehrere Kläger aufgetreten, so hat auch der Beklagte, wenn er seinerseits Rechtsmittel einlegt, den doppelten Ansatz der Gerichtskosten vorzulegen.

Causa Kolb & Conf. gegen Lau.

69.

Die Landesverweisung ist nicht auf Zeit, sondern illimitirt zu verhängen.

70.

Nach Verurtheilung eines verhafteten Oberhessen zu 6 Monaten Gefängniß verfügt das Gericht dessen einstweilige Freilassung ohne die eventuell angebotene Real-Caution, da — abgesehen von den günstigen Vermögensverhältnissen und mangelndem Fluchtverdacht — die Vollstreckung des Urtheils bei dem Indigenat des Condemnaten im Norddeutschen Bundesgebiet gesichert erscheine.

Causa Wolff & Conf.

Digitized by Google

71.

Sowohl das kön. Ober-Tribunal als das neuerrichtete Ober-Appellationsgericht haben bereits entschieden, daß frühere Urtheile der Gerichte der neuen Landestheile allerdings die Rückfallstrafe des §. 58 St.-G.-B. begründen. Die Strafkammer, gegen deren Urtheile in dieser Richtung noch keine Rechtsmittel erhoben worden, hält vorerst an ihrer gegentheiligen constanten Rechtsprechung fest und zwar aus folgenden Gründen: „§. 58 macht die Rückfallstrafe von der Bedingung abhänig, daß der Angeklagte wegen gleichen Vergehens von einem preußischen Gerichtshof bereits abgeurtheilt sei. Diese, mit allgemeinen Strafrechtsprincipien nicht leicht vereinbare, jedenfalls sehr milde und den Angeklagten günstige Bestimmung kann nur darin ihre rechtliche Begründung haben, daß man dabei die Schwierigkeit der Constatirung und Prüfung ausländischer Strafurtheile und die vielleicht große Verschiedenheit der in- und ausländischen Strafgesetze im Auge hatte; es ist wenigstens denkbar, daß das erste Gericht wegen eines Vergehens verurtheilt hat, welches nach preuß. Rechten wegen Mangels irgend eines Erfordernisses keine Strafe nach sich gezogen hätte. Es liegt aber keinerlei Grund vor, weßhalb eine später erfolgte Vereinigung der erkennenden Gerichte unter einer Landeshoheit, hieran etwas ändern sollte. Die Bestimmung des §. 58 ist auch nicht durch den von dem Ob.-App.-Ger. citirten Art. XX des Einführ-Ges. dd. 25. Juni 1867 modificirt, denn es fehlt in diesem Artikel an jeder Andeutung darüber, daß die Gerichtshöfe der neueren Landestheile rückwirkend denen der alten Provinzen gleichgestellt sein sollten. Eine ausdrückliche Bestimmung in dieser Hinsicht wäre aber um so mehr geboten gewesen, als sich in dieser Richtung schon bei Erlaß des Einf.-Ges. abweichende Ansichten bei den resp. Gerichten geltend gemacht hatten. Endlich aber erscheint es schon nach allgemeinen Principien unzulässig, der an sich ganz klaren Fassung des §. 58 eine dem Angeklagten ungünstigere Auslegung zu geben."

Digitized by Google

72.

Zu §. 50 Str.-G.-B. und zur Theorie des fortgesetzten Vergehens.

Die Klage wegen längere Zeit hindurch fortgesetzter Ehrenkränkungen war am 24. December 1866 bei der Strafkammer erhoben worden. Beklagter berief sich bezüglich eines Theiles der libellirten Handlungen auf §. 50, indem die dreimonatliche Verjährung a dato der Handlung zu laufen habe. Das Obertribunal sagt:

Die Schlußfolgerung der Instanzen, wonach eine viele Monate hindurch fortgesetzte Ehrenkränkung vorliegt, ist, als eine thatsächliche, im Nichtigkeitsverfahren unanfechtbar; es ist nicht gestattet, die einzelnen Aeußerungen für ebensoviele selbstständige, in sich vollendete Thatsachen anzusehen und die Verjährungsfrist für jede getrennt zu berechnen. Vielmehr fing die Verjährung, da die Handlungen bis zum December fortgesetzt wurden, überhaupt nicht zu laufen an.

Abgesehen davon aber war am 24. December 1866 keine andere, als die einjährige Verjährungsfrist des Art. 125 und 5 des hessischen Str.-G.-B. im Lauf; diese aber ist durch die Klaganstellung so gewiß unterbrochen, als am 1. Januar 1867 die fünfjährige Verjährungsfrist begann, für deren Vollendung Art. IV des Einführungsgesetzes zum preuß. Str.-Ges.-B. maßgebend ist. Dieser Art. IV konnte aber keineswegs die bereits erfolgte Unterbrechung der ursprünglichen Verjährungszeit ungeschehen machen und der Klägerin das dadurch erworbene Recht nicht entziehen, konnte also auch nicht bewirken, daß die Klage schon vor dem 1. Januar 1867 binnen der in §. 50 bestimmten 3-monatlichen Frist hätte angestellt werden müssen.

Causa Desrez contra Kahn.

NB. Hiernach erscheint die Entscheidung der Strafkammer in der früher mitgetheilten Sache Halle wegen Betrugs zweifelhaft, da auch dort die Staatsanwaltschaft durch rechtzeitige Unterbrechung der Verjährung ein Recht auf Fortsetzung der Verfolgung erworben hatte.

73.

Frau Sch. entnahm von Buchhändler S. ein Werk zum Verkauf an einen — namentlich von ihr nicht genannten — Abnehmer,

Digitized by Google

mit der Verpflichtung, am nämlichen Abend entweder Geld oder Buch zu bringen. Sie lieferte letzteres dem Kunden gegen Empfang des Preises ab, verbrauchte aber das Geld für sich. Die Strafkammer spricht, unter Annahme eines Trödelnertrags, frei, da das den Kaufpreis bildende Geld in das Eigenthum des Trödlers übergehe, sonach keine fremde Sache als Gegenstand der Unterschlagung existire.

Causa Schmidt.
(Rechtskräftig.)

B. Rügegericht.

29.

Zu §. 10 sub 2 und §. 26 des Gesetzes vom 12. Januar 1864 über die Berechtigung zum Gewerbebetriebe.

Die noch vorhandenen Mitglieder der ehemaligen Bierbrauerzunft bedürfen zur Eröffnung eines Wirthschaftslocales in der hiesigen Stadtgemarkung besonderer obrigkeitlicher Concession.

Urtheile des Rügegerichts und des Obertribunals i. S. c. L. L. Schmidt.

30.

Zu §. 344 sub 7 des Strafgesetzbuchs.

Diese gesetzliche Bestimmung bestraft nur die ungebührliche ordnungswidrige Benutzung der Straßen ꝛc. durch Aufstellen und Stehenlassen von Wagen und dergl. Bei Prüfung der Frage, ob eine solche Ordnungswidrigkeit in einem concreten Falle vorliegt, sind auch die seither erlassenen einschlägigen Polizeiverordnungen, vor allem die Verordnung vom 15. April 1865 republ. am 15. October 1866, maßgebend.

Nur die zur Communication in Städten und Dörfern bestimmten Räume sind in obigem §. gemeint. Landstraßen und sonstige Wege bleiben daher ausgeschlossen; diese fallen hierorts unter die betreffenden Bestimmungen des Gesetzes vom 12. Januar 1838, das

Digitized by Google

Strafregulativ wider Chausseefrevel betreffend, und des Feldstrafgesetzes vom 24. Mai 1861.

Rechtskr. Urtheile i. S. c. L. Heß & Consj. und gegen J. P. Löffler.

31.

Ad §. 105 des Strafgesetzbuches.

Der Gebrauch eines falschen Namens, als „Vergehen wider die öffentliche Ordnung" setzt voraus, daß der Fragende ein Recht auf die Wahrheit der Antwort hatte, sowie daß der Gefragte diese Eigenschaft des Fragenden kannte. Die Angabe eines falschen Namens einem Polizeibeamten gegenüber ist daher nur dann strafbar, wenn Letzterer durch Amtskleidung oder sonstwie als solcher kennbar gewesen.

Urtheil c. Elise Erchel aus Ginnheim.

32.

Ad Accisgesetz vom 12. April 1864.

Frisches Gras, Klee ꝛc. ist nicht accispflichtig, da der Accistarif nur Heu, Grummet, Kleeheu, also getrocknete Wiesenergebnisse als accispflichtig bezeichnet. Es unterliegt daher auch eine Kleeärnte, welche wegen später Jahreszeit nicht mehr zum Trocknen gebracht und deßhalb zur Viehfütterung nicht aufbewahrt werden konnte, nicht in den Bestimmungen des Accisgesetzes, wenn dieselbe auch zu anderen Zwecken, z. B. als Viehstreu, Grün-Dung ꝛc. eingebracht worden ist.

Urtheil i. S. Margaretha Frischmann.

33.

Ad §. 340 sub 8 des Straf-Gesetzbuchs.

Durch §. 340 sub 8 des St.-G.-B. ist die fortdauernde Gültigkeit der Verordnung über die Heilighaltung der Sonn- und Festtage anerkannt, nur treten an Stelle der früher angedrohten Strafen die Strafbestimmungen des §. 340 des St.-G.-B.

Das Hauen von Holz ꝛc. an Sonn- und Festtagen zum eigenen Hausbedarf fällt nicht unter das Verbot der vorerwähnten Verord-

Digitized by Google

nung, da letztere nur den störenden Gewerbebetrieb an Sonn- und Festtagen untersagt.

Urtheil c. Belz und de Nesle von Niederrad.

34.

Zu §. 199 des Straf-Gesetzbuchs.

Wer die Heilkunde ohne Berechtigung ausübt, ist in Gemäßheit des aufgeschriebenen Paragraphen nur dann strafbar, wenn er dies gegen Belohnung oder einem besonderen, an ihn erlassenen polizeilichen Verbote zuwider thut. Das Rügegericht adoptirt die Ansicht der bisherigen preußischen Rechtsprechung, daß es nicht unbedingt erforderlich ist, daß eine Belohnung bereits gegeben oder gefordert worden, daß es vielmehr zur Anwendung des §. 199 genügt, wenn die Heilung in der Erwartung einer Belohnung, also ohne die Absicht der Unentgeltlichkeit unternommen oder wenn der Lohn in dem hohen Preise der verabreichten Mittel gesucht worden ist.

Rechtskr. Urtheil c. P. Heusner von Niederrad.

C. Justizämter.

25.

Der in §. 23 des Eisenbahn-Betriebsreglements bestimmte Ansatz von fl. 35 für den Centner einer nicht höher declarirten und nach Art. 395 H.-G.-B. zu ersetzenden Waare ist ein Maximalsatz, und gilt also nur, wenn das Gut einen höheren Werth hat. War nun der Werth der Emballage ein geringerer, so ist für diese nur der geringere Werth zu vergüten, gleichgültig, welches der Werth der emballirten Waare selbst sei. An der getrennten Abschätzung der Waare und der Emballage kann der Umstand nichts ändern, daß bei Berechnung der Fracht das Gesammtgewicht von Waare und Emballage in angerundetem Betrag zu Grunde gelegt wird, weil dies nicht im geringsten Zusammenhang mit der Frage der Entschädigung steht.

Erk. d. St.-A. II v. 3. Febr. 1868 i. S. Andersen & Schumann c. Hanauer E. B. G.

Digitized by Google

26.

Eine Klage, wodurch der Käufer vom Verkäufer Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach H.-G.-B. Art. 355 verlangte, erklärte der Beklagte für nicht gehörig begründet, weil es an der Behauptung einer nach H.-G.-B. Art. 356 gewährten Nachfrist fehle. — Das Stadtamt II erkannte:

Daß der Kläger nöthig gehabt hätte, der Beklagten vor der Beanspruchung von Schadenersatz noch einmal eine angemessene Frist zu setzen, ist bei der bestimmten Weigerung der Beklagten im Briefe [4] act. nicht anzunehmen, denn die betreffenden Bestimmungen des H.-G.-B. setzen bloß Säumigkeit des Verkäufers voraus und wollen demselben nur die Möglichkeit geben, solche noch gut zu machen, die Beklagte kann aber, da sie selbst jetzt noch ihre Verpflichtung zur Lieferung auf Credit nicht anerkennt und zur nachträglichen Lieferung nicht bereit ist, auf diese Bestimmungen sich nicht berufen.

cf. Erk. d. St.-A. I v. 26. Nov. 1866,
" " " St.-G. I v. 30. Jan. 1867
in Sachen Gebr. Mayer c. Weißmann.
Erk. d. St.-A. II v. 3. Dec. 1867 Oppenheimer c. Kaufmann.

D. Stadtgericht I.

40.

Der Beklagten kann darin nicht beigestimmt werden, daß schon der Agent als solcher befugt sei, Dispositionsstellungen entgegenzunehmen, da im Gegentheil dem Agenten, der ein bloßer Mandatar ist und dessen Befugnisse in der Regel eher auf die des Maklers als auf die des Handlungsbevollmächtigten hinauslaufen, eine Präsumtivvollmacht nicht zur Seite steht und der Mandant des Agenten nur durch diejenigen Handlungen seines Agenten verpflichtet werden kann, zu welchen er ihn ausdrücklich und speciell beauftragt und bevollmächtigt hatte;

Digitized by Google

v. Hahn, Com. z. H.-G.-B.; S. 156;
Goldschmidt, Handb. d. H.-R., S. 472;
Lutz, Protokolle; S. 104;
Goldschmidt, Zeitschrift I, S. 159; II, S. 404 u. 405;
VII, S. 607 u. 609; IX, S. 137;
Busch, Archiv V, S. 467 u. 470;
Centralorgan für H. u. W. R. M. F. I, S. 283, 417, 641;
Handelsgerichtl. Entsch. aus Bayern I, S. 444;
Malß, Zeitschrift für Versicherungsr. I, S. 212;

welche Vollmacht übrigens allerdings auch stillschweigend daraus gefolgert werden kann, daß der Mandant früher an den Agenten geschehene Dispositionsstellungen, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend genehmigte;

Brinkmann, H. R. S. 390;
Goldschmidt, Zeitschrift I, S. 159; II, S. 404; IX, S. 137.
Handelsgr. Entsch. aus Bayern a. a. O.,
Malß, Zeitschrift I, S. 213;

daß aber hiervon abgesehen der Agent im Uebrigen nur zur Vornahme alles dessen bevollmächtigt erscheint, was die ordnungsmäßige Ausführung der ihm gegebenen Aufträge mit sich bringt;

Malß, Zeitschrift I, S. 212.

im vorliegenden Falle aber selbstverständlich nicht präsumirt werden kann, daß der Agent, der von der Klägerin zum Verkaufe angestellt ist, auch nothwendiger Weise zur Rückgängigmachung der abgeschlossenen Verkäufe bevollmächtigt sein müsse, und zwar um so weniger, als der Agent nicht etwa der Beklagten Waaren aus dahier lagernden Vorräthen als Commissionär überliefert hat, sondern die ihm aufgegebene Bestellung nur an die Klägerin vermittelte.

St.-G I 18. December 1867, i. S. Oppenheimer & Schloß c. Gebr. Zeißing.

41.

Nach der Ansicht der meisten obersten deutschen Gerichtshöfe, vergl. Erk. des O.-A.-G. Kiel in Seuffert Arch. IX, 113;

Digitized by Google

des O.-A.-G. Darmstadt und Kassel ebenda XII, 214;
" " Oldenburg ebenda XVII, 189;
" " Rostock ebenda XIX, 283 und
" " Lübeck in Römers Sam., II, S. 454 fg.

ist die Provokationsklage nur als ein außerordentliches und subsidiäres Rechtsmittel zu betrachten, als ein jus singulare, welches einer stricten Interpretation unterliegt, so daß dieses außerordentliche Rechtsmittel immer da in Wegfall kommt, wo nicht entweder ein ganz unbestrittener Gerichtsgebrauch für die Zulässigkeit desselben nachweislich oder doch in den Anforderungen des bürgerlichen Verkehrs und in den das praktische Leben beherrschenden Ansichten ein ausreichendes Motiv dafür gegeben ist, der ratis juris entgegen die Klagerhebung dem freien Entschlusse der Betheiligten zu entziehen. An einem solchen praktischen Bedürfnisse zur Gestattung der Provokation fehlt es aber offenbar allemal dann, sobald derjenige, welchem gegenüber ein dritter rechtlicher Ansprüche sich berühmt, durch eine ihm selbst zuständige Klage ohnehin schon in den Stand gesetzt ist, den Grund oder Ungrund jener Ansprüche ins Klare zu stellen. In einem solchen Falle läßt es sich nicht rechtfertigen, eine Ausnahme von dem Grundprinzipe alles Prozesses ut nemo invitus agere cogatur zu gestatten.

Erk. d. St.-G. v. 7. Okt. 1867, bestätigt durch das A.-G. am 14. Febr. 1868 i. S. Gebr. Baß c. Nerroth.

42.

Ein kraft der Codizillarclausel nur als Codizill zu Recht bestehendes testamentum destitutum, in welchem Testamentszettel vorbehalten sind, ist zur confirmatio eines formlosen Codizills nicht geeignet, indem auch nach Ref. IV, 12, §. 2 u. 5 zur Bestätigung formloser Codizille entweder ein als solches zu Recht bestehendes Testament oder mindestens ein durch ein solches bestätigtes Codizill erfordert wird.

Erk. des St.-G. I. v. i. S. Schmidt c. Motz Erben.

(Nicht rechtskräftig.)

43.

Die Einrede, daß die Klage wegen Mangels der Kündigung verfrüht sei, ist nicht zu beachten, wenn vor Erlaß des Urtheils die

Digitized by Google

Kündigungsfrist abgelaufen ist, indem die Klage eine Kündigung involvirt und somit die bloß dilatorische Einrede als mit rückwirkender Kraft erledigt erscheint.

Erk. des St.-G. I. i. S. Stern c. Greim.
(Nicht rechtskräftig.)

44.

Wenn schon nach pr. J. quib. mod. toll. oblig. die Zahlung einer Schuld, einerlei ob sie von dem Hauptschuldner oder Bürgen geleistet wird, an und für sich die Aufhebung der ganzen obligatio bewirkte, so ist doch nach fr. 36 de fidejuss. von dieser allgemeinen Folge der Zahlung in dem Fall eine Ausnahme statuirt, wenn sich der zahlende Bürge bei der Zahlung unter Zustimmung des Gläubigers vorbehält, daß trotz der Zahlung die Rechte des Gläubigers zu seinen Gunsten fortbestehen sollen, weil in solchem Falle die Absicht der Tilgung der Schuld ausgeschlossen und vielmehr die Absicht des Erwerbs der Forderung durch den Bürgen unterstellt wird. Besteht aber das Klagrecht des Gläubigers ungeachtet seiner Befriedigung durch den Bürgen in solchem Falle noch fort, so kann es auch keinem Bedenken unterliegen, an die Stelle der Abtretung desselben die Uebereinkunft treten zu lassen, daß der befriedigte Gläubiger für Rechnung des Bürgen in eigenem Namen gegen den Hauptschuldner klage.

Erk. des St.-G. I. i. S. Reuß c. Kahn.
(Nicht rechtskräftig.)

45.

Die Urkunde

Francfort s. M. le 24 Août 1866. **B. P. Fl. 550.** A un mois de date veuillez payer par ce mandat à l'ordre de Monsieur B. Wallmann la somme de florins cinq cent cinquante effectifs valeur en compte que passerez suivant ou sans l'avis de

A mon domicile
Zeil N° 60
à Francfort s. M.

Bon pour cinq cent cinqnante florins
pp^a H. Auguste Robert
H. A. Robert fils.

Digitized by Google

kann für ein dem Wechsel gleich zu behandelndes billet à ordre nicht erachtet werden, nicht weil das Wort billet à ordre in demselben fehlt, da „mandat" hiermit gleichbedeutend ist,

Pardessus, cours de droit commerciale N° 457,

sondern weil der Name des Bezogenen fehlt, was sowohl nach hiesigem, wie nach französischem Rechte unzulässig ist;

Art. 4 N° 7 der Ord.-W.-O vergl. mit § 12 des Einf.-Ges.

Pardessus l. c. N° 462.

Erk. des St.-G. I. vom 28. August 1867 i. S. Robert c. Wallmann.

46.

Der Inhaber einer auf den Inhaber lautenden Lebensversicherungspolize, der dieselbe dem den Nachlaß der versicherten Person obsignirenden Fiskal auf dessen Verlangen ausgeliefert hatte, reclamirte dieselbe aus dem Nachlaß auf Grund seines Pfandbesitzes und eventuell als Cessionar eines früheren Inhabers, dem die Polize von dem Versicherten geschenkt worden war.

Das St.-G. erkannte:

Eine auf den Inhaber zahlbar gestellte Lebensversicherungspolize besitzt zwar nicht den rechtlichen Charakter eines eigentlichen Inhaberpapiers

Kuntze, Lehre v. d. Inhaber-Pap., §. 116;

Busch, Archiv Bd. I., S. 228;

Striethorst, Archiv Bd. 63, S. 59, Bd. 65, S. 77.

fällt jedoch als Legitimations-Urkunde unter den allg. Begriff der Werthpapiere, ist daher nach Art. 306 Abs. 2 H.-G.-B. zu beurtheilen, weßhalb auf den Erwerbstitel des Verpfänders keine Rücksicht zu nehmen ist.

Die Auslieferung der Polize an den Fiskal macht die Kläger ihres Pfandbesitzes nicht verlustig, da der Fiskal mit der Apprehension derselben, welche als eine lediglich conservatorische Maßregel zu betrachten ist, um so mehr diesen Besitz nur für den Berechtigten fortsetzen konnte, als vor der vom Fiskal verlangten Herausgabe der Polize Verhandlungen zwischen ihm und dem Kläger stattfanden, wo-

Digitized by Google

bei dieser anfangs die Herausgabe unter Berufung auf seine Ansprüche ablehnte.

Was den eventuellen Klaggrund anlangt, daß die Polize, oder vielmehr die durch dieselbe geltend zu machende Forderung von der versicherten Bürgin dem Dolder geschenkt und von diesem dem Kläger cedirt worden sei, so kommt es dabei auf die Tradition des Documentes nicht an, da in diesem die Forderung sich nicht verkörpert, und kann Dolder als Donatar, sowie Kläger als dessen Cessionar die Auslieferung dieser über die abgetretene Forderung errichtete Urkunde nach bekannten Rechten verlangen.

Erk. d. St.-G. v. 27. Januar 1868 i. S. Siefert und Bechtold c. Bürgin Nachlaß.

(Nicht rechtskräftig.)

47.

H. hatte wegen einer Forderung an M. Beschlag gelegt auf die Versicherungssumme aus der Polize, welche die verstorbene Ehefrau M. auf ihr Leben zu Gunsten ihrer Erben genommen hatte. Die M'schen Kinder intervenirten und das St.-G. erkannte gegen den Interventen aus folgenden Gründen:

3) weil aus der Deklaration und Polize [21] act. hervorgeht, daß die Ehefrau des Beklagten, als sie ihr Leben für ein Kapital von Rthlr. 4000 versicherte, sofort anordnete, dasselbe solle nach ihrem Tode ihren Erben bezahlt werden; und ebensowenig die Parteien darüber streiten, daß unter dem Ausdruck „Erben" die Kinder als Leibeserben der Verstorbenen zu verstehen sind; somit die Intervenienten in vorliegender Sache nicht sowohl als Repräsentanten ihrer verstorbenen Mutter, als vielmehr in der Eigenschaft dritter Personen erscheinen, zu deren Gunsten ein Versicherungsvertrag abgeschlossen worden ist;

4) hiernach zunächst die Frage sich aufwirft, ob das versicherte Kapital überhaupt zur Verlassenschaft der intervenientischen Mutter gehört, oder als ein ihren Kindern unmittelbar zugefallenes Vermögensobjekt zu betrachten ist; gegen erstere Auf-

Digitized by Google

fassung aber schon das Faktum spricht, daß das versicherte Kapital keineswegs während der Ehe, sondern erst nach dem Tode der geachten Ehefrau fällig geworden, und gar nicht in deren Nachlaßmasse gelangt, sondern unmittelbar ihren Kindern ausbezahlt worden ist; während sich für die Richtigkeit des letzteren Gesichtspunkts das Moment anführen läßt, daß der eigentliche Erwerbstitel der Intervenienten auf einem besonderen Contrakts-Verhältnisse basirt, welches nach dem Ableben ihrer Mutter zwischen ihnen und der Versicherungsgesellschaft laut §. 2 der allgemeinen Polize-Bedingungen in Wirksamkeit getreten ist, und welches ihnen allein die Befugniß verliehen hat, das stipulirte Kapital von der Versicherungsgesellschaft zu verlangen, weßhalb auch kein Grund zu der Annahme vorhanden ist, daß sie damit für eine etwaige Forderung des Interventen an ihre Mutter oder deren Nachlasse zu haften brauchen;

5) die Intervention jedoch auch dann für gerechtfertigt zu halten ist, wenn man das quästionirte Kapital als während der Ehe erworben, zum Nachlaß der Meister'schen Ehefrau rechnen wollte, indem dasselbe in diesem Fall als Sondergut der Ehefrau, nicht aber als Errungenschaft beider Gatten anzusehen sein würde, weil einerseits thatsächlich feststeht, daß der Beklagte ausweislich der Polize mit deren Ausstellung auf den alleinigen Namen seiner Ehefrau einverstanden war, und noch jetzt keinen Anspruch an das, auf die Polize bezahlte Kapital macht, sondern dessen ausschließlichen Erwerb durch die Kinder seiner verstorbenen zweiten Ehefrau vollkommen anerkennt; andererseits aber die allgemeine Regel, daß die während der Ehe von einem der Ehegatten erworbenen Güter ipso jure in das gemeinschaftliche Eigenthum beider fallen,

Orth, Ann. I, S. 369,

Bender, Priv. R. S. 55,

eine natürliche Ausnahme dann erleidet, wenn die Eheleute einverstanden sind, daß einer von ihnen allein erwerbe, da hier der Consens allein das juristisch Entscheidende ist, und

Digitized by Google

sich nicht absehen läßt, wie der Consentirende im Gegensatz gegen seinen Willen zum Miteigenthum sollte gelangen können oder gar müssen; vielmehr ein solches anomales Prinzip nur durch eine klare und unzweideutige partikularrechtliche Vorschrift aufgehellt werden könnte, an welcher es jedoch gänzlich gebricht, ganz abgesehen davon, daß verschiedene Reformationsstellen die erwähnte Ausnahme von der Regel in einzelnen Fällen ausdrücklich statuiren.

Ref. III, Tit. 6, §. 2,

Ref. V, Tit. 5, §. 5.

Erkenntniß des O.-A.-G. Lübeck vom 28. Sept. 1863 i. S. Beyerbach gegen Beyerbach.

Vereinssammlung Bd. 8, S. 106 folg.

6) Das weitere Argument des Interventen, daß das versicherte Kapital auch deßhalb errungenschaftlicher Qualität sei, weil die auf die Polize gemachten Einzahlungen im Gesammtbetrag von fl. 116. 53 kr. mit errungenschaftlichem Gelde bestritten worden, insoweit hinfällig ist, als wenn auch letzteres der Fall wäre, doch jenes Kapital selbst nicht in die Gemeinschaft einzuwerfen, sondern der Errungenschaft nur die aus ihr entnommene Summe zu restituiren sein würde, indem diese Summe als ein bei der Auseinandersetzung zu berechnender Vorschuß zu gelten hätte, wie gleichfalls in dem allegirten Lübecker Präjudikate unter Hinweis auf die analogen Bestimmungen in

Ref. III, Tit. 6, §. 7 u. 8,

näher erörtert wird.

(Ist rechtskräftig.)

C. Naumann's Druckerei. Frankfurt a/M.

Digitized by Google

Juristische Gesellschaft.

Monatliche Rundschau der gerichtlichen Entscheidungen.

März 1868.

A. Rügegericht.

35.

Zu §. 264 des Strafgesetzbuchs.

Das unconcessionirte Pfandleihen ist nur dann strafbar, wenn es gewerbsmäßig geschieht. Die Gewerbsmäßigkeit setzt aber eine gewinnsüchtige Absicht voraus. Daher trifft die Strafe des §. 264 nur denjenigen, welcher sich bei Bewilligung eines Darlehens gegen Pfand entweder ausdrücklich Zinsen ausbedingt oder bei der Auslösung des Pfandes nicht vorbedungene Zinsen annimmt oder ein zinsloses Darlehen in der Erwartung einer künftigen Zinsvergütung gewährt. Als Zinsgewinn ist aber jeder vom Pfandgeber dem Pfandleiher für den Gebrauch des Geldes gewährte Vortheil anzusehen, daher erscheint auch derjenige Pfandleiher strafbar, welcher sich bei Bewilligung eines zinslosen Darlehens ausbedingt, daß der Pfandgeber seinen Bedarf an Waaren nur aus seinem Geschäfte entnehmen dürfe.

Rechtskräftiges Urtheil c. Wittwe Roth hier.

36.

Zur Polizeiverordnung vom 1. Dec. 1867, das Meldewesen betr.

Nach der Polizeiverordnung über das Meldewesen unterliegt der thatsächliche Wohnungswechsel, nicht aber die rechtliche Dauer des Miethsverhältnisses der An- bezw. Abmeldung. Der

Digitized by Google

Umstand, daß der Miethvertrag zwischen Vermiether und Miether noch nicht abgelaufen ist, befreit daher den Ersteren nicht von der Verpflichtung, den noch während der Dauer des Miethverhältnisses erfolgten Auszug seines Miethers binnen 48 Stunden nach diesem Auszuge der Polizeibehörde anzuzeigen.

Urtheil gegen L. H. Marburg (noch nicht rechtskräftig).

B. Strafkammer des Stadtgerichts.

74.

Dem Untercollecteur H. wurden von verschiedenen Spielern die Gewinnloose eingesendet, um den Gewinn für sie zu erheben und ihnen einzusenden; H. verwendete die einkassirten Beträge für sich.

Das Gericht nimmt — entgegen der Vertheidigung, welche bloße Civilverbindlichkeit behauptet — Unterschlagung an, aus folgenden Gründen: Der Auftrag zur Erhebung der Gewinne ist als gewöhnliches Mandat zu erachten und liegt außerhalb der Grenzen des eigentlichen Lotterievertrags; die Gewinnloose sind dem Collecteur nicht als Eigenthum übergeben, sondern ihm nur zum incasso anvertraut; mit Rücksicht auf dieses Spezial-Mandat mußte H. die Gelder als fremde Sache betrachten, zumal er ein Creditgeben nicht behaupten kann. Ob die Direction das Mandatsverhältniß kannte, oder ihn selbst zum Eigenthümer des ausbezahlten Geldes machen wollte, relevirt nicht; vielmehr handelt es sich nur um die Stellung des H. seinen Mandanten gegenüber.

c. Helfrich (rechtskräftig).

75.

Derselbe war weiter der Unterschlagung angeklagt, weil er zur Anschaffung von Loosen eingesandte Gelder nicht hierfür verwendet, sondern für sich verbraucht hatte. Von dieser Anklage spricht das

Digitized by Google

Gericht frei, da es civilrechtlich keinem Zweifel unterliege, daß der ihm praenumerando eingesandte Geldbetrag von ihm eigenthümlich erworben worden sei, die bloße Nichterfüllung einer Gegenleistung, den Fall des Betrugs vorbehalten, sich nicht als Unterschlagung darstelle.

Ibidem (rechtskräftig).

76.

Nach dem neuen Prozeß geht das Präjudiz in der Ladung des Appellanten nicht mehr (wie früher) dahin, daß im Fall des Nichterscheinens die Berufung für desert erklärt werde, sondern dahin: daß auch im Fall seines Ausbleibens die Verhandlung stattfinde.

77.

(Zu §. 377 Str.-Ger.-Ord.) Feststellung des Thatbestandes (hier bei Preßvergehen) ist nicht allein die äußere Erscheinung des Artikels, der Abdruck in einer Zeitung, sondern recht wesentlich der Sinn, den der erste Richter darin gefunden und seinem Urtheil zu Grunde gelegt hat. Ohne Wiederaufnahme des Beweisverfahrens kann also der 2te Richter nicht, ohne Verletzung des §. 377, zu dem entgegengesetzten Resultate gelangen.

Zwischenbeschluß des Obertribunals i. S. Kolb u. Consl. gegen Cau.

78.

Hat Appellant die Einreichung einer Rechtfertigungsschrift unterlassen, will jedoch nachträglich Wiederaufnahme des Beweisverfahrens beantragen, so bedarf es eines Restitutionsgesuchs nicht, vielmehr kann er seine Anträge direct an das Berufungsgericht stellen.

cs. Sonnemann.

79.

Das Schmerzengeld, dessen Ursprung anerkanntermaßen in einer von der Praxis ausgegangenen analogen Ausdehnung des

Digitized by Google

Art. 20 der Carolina zu suchen ist, hat nicht den Charakter einer Privatstrafe, sondern ist als eine reine Civil-Entschädigung zu betrachten. Der Umstand, daß nach Art. 3 des Einführungsgesetzes z. hess. St.-G.-B. vom 16. September 1856 wegen Ehrenverletzungen die bereits durch das römische Recht begründeten und daher mit dem deutschrechtlichen Schmerzengelde in keinem Zusammenhange stehenden Klagen auf Abbitte ꝛc., sowie die ästimatorische Klage nicht mehr stattfinden sollen, kann daher auch keinen Einfluß auf die fernere Zulässigkeit des Schmerzengeldes üben. Der Grundsatz, daß wegen der nämlichen Handlung nicht gleichzeitig auf eine Privatstrafe und eine öffentliche Strafe zu erkennen sei, war auch schon vor der Einführung der Strafgesetzgebung vom Jahre 1856 dahier in unbestrittener Geltung. Nichtsdestoweniger wurde aber von den hiesigen Gerichten und dem O.-A.-G. zu Lübeck bei Körperverletzungen neben der öffentlichen Strafe auch auf Schmerzengeld erkannt (z. B. in Sachen Henrich c. Endres 1857), wie denn auch aus dem Erkenntnisse des O.-A.-G. zu Lübeck in Sachen Bender c. Taunus-Eisenbahn-Gesellschaft vom 21. December 1861 positiv hervorgeht, daß die hiesige Praxis bei dem Schmerzengelde nicht den Gesichtspunkt einer Strafe, sondern lediglich denjenigen eines Ersatzes im Auge hatte.

Möller c. v. Rothschild 1865.

Emmerich c. Scherlensky 1868.

(Das Appellationsgericht war in ersterer Sache anderer Ansicht, das Erkenntniß in letzterer Sache ist nicht rechtskräftig). Vgl. Rundschau 1867 S. 106 Nr. 19.

C. Stadtgericht I.

48.

H., welcher in der Frankf. Lotterie fl. 100,000 gewonnen, hatte dem Hauptcollecteur X. auf dessen Ansuchen eine Remuneration von 10 % bewilligt, klagte jedoch später auf Rückerstattung resp. Nachzah-

Digitized by Google

lung dieſer Remuneration, eventuell wegen mangelnder Inſinuation auf Erſtattung derſelben, ſoweit ſie die Summe von fl. 2500 überſteigt. Das Stadtgericht erkannte am 14. Februar 1868 (nicht rechtskräftig):

In Erwägung, daß

3) bei Prüfung des eventuellen Antrags des Klägers, den Beklagten zur Nachzahlung derjenigen Summe, welche den Betrag von fl. 2500 überſteigt, wegen Mangels der gerichtlichen Inſinuation zu verurtheilen, zunächſt

a) die Frage ſich aufwirft, ob das einem Lotterie-Collecteur bewilligte Douceur als eine reine oder aber als eine remuneratoriſche Schenkung zu betrachten iſt, für die Eigenſchaft einer einfachen Schenkung, aber — abgeſehen davon, daß die meiſten Lotteriepläne wegen des wahren Heißhungers der Collecteure, ſich bei derartigen Gelegenheiten ſoviel als möglich zu bereichern, jede Remuneration unbedingt verbieten — das juriſtiſche Motiv in die Wagſchale fällt, daß der Haupt-Collecteur wegen Verkaufs des Looſes nur von der Direction eine Proviſion anzuſprechen hat, während es lediglich dem Ermeſſen, oder wie der Beklagte ſelbſt ſich ausdrückt, der gütigen Zuſtimmung der Spieler anheimgegeben iſt, ob ſie eine ſogenannte Remuneration bewilligen wollen oder nicht; und gerade daraus, daß, der Natur der Sache nach, die Beſtimmung eines ſolchen Honorars der jeweiligen Generoſität der Spieler überlaſſen bleiben muß, ſich daſſelbe am deutlichſten als ein pures Geſchenk characteriſirt; wie denn auch die hieſige Rechtsſprechung ſich bereits für die Nothwendigkeit der gerichtlichen Inſinuation ſolcher Schenkungen entſchieden hat und dieſe Anſicht auch in der Doctrin gebilligt wird;

Bender, Frankfurter Privatr. §. 115, 119 und das daſelbſt Note 9 allegirte Erkenntniß des St. G. u. d. A. G. (Rechtsfacultät Berlin)

wobei

b) der Umstand, daß die qu. fl. 10,000 nicht direct von dem Kläger dem Beklagten ausbezahlt, sondern von diesem sofort in Abzug gebracht worden sind, unerheblich ist, weil auch auf den Erlaß eines Theils der Forderung an den Schuldner der Begriff der Schenkung volle Anwendung findet,

Savigny, Syst. d. h. R. R. Bd. IV. §. 158,

endlich

c) das Rechtsgeschäft zwischen den Parteien zwar durch die hinzugetretene Geschäftsführung des Beklagten hinsichtlich der Realisirung und Uebermachung des Gewinns das Merkmal einer reinen Schenkung verloren und in ein negotium cum donatione mixtum sich verwandelt hat; diese Modification jedoch ohne weitere Consequenz ist, weil auch bei einem solchen gemischten Geschäfte, gleichwie bei der donatio sub modo, der richtigeren Ansicht gemäß,

Savigny cit. §. 154,
v. Meyerfeld, Lehre v. d. Schenk. §. 17,
Puchta Pand. §. 71 not. f.,

die Insinuation alsdann für ein wesentliches Erforderniß zu halten ist, wenn der Geldwerth des auf die Schenkung fallenden Antheils ermittelt werden kann, was in concreto ohne Schwierigkeit ausführbar ist, da sich die Spesen und Provision des Beklagten leicht feststellen lassen;

aus diesen Gründen wird

Beklagter . . . verurtheilt:

binnen 14 Tagen den Betrag von fl. 7500 nebst 6% Zinsen vom 2. Mai 1864 an Kläger zu zahlen, jedoch vorgängiger Subtraction seiner binnen gleicher Frist zu liquidirenden Spesen und Provision hinsichtlich des Einzugs und der Uebermachung des quästionirten Gewinnes.

Digitized by Google

49.

Nach den Grundsätzen des heutigen Rechts steht ein Mandatar, welcher als solcher contrahirt, regelmäßig, in sofern er nur Instrument des Geschäftsherrn ist, mit dem Boten oder einem Vermittler auf einer Stufe; was namentlich dann keinem Zweifel unterliegt, wenn der Vertreter im Namen des Mandanten unterhandelt und abschließt. Der Mandatar ist deßhalb nicht der eigentliche Contrahent und besitzt kein selbstständiges Klagrecht.

Urtheil des Stadtgerichts I. d. d. 22. Januar 1868 in S. Kieser c. Rapp.

(Ist rechtskräftig.)

D. Stadtgericht II.

4.

Da der nach Reform. VI. 1. §. 10 dem Rath der freien Stadt Frankfurt zustehende gesetzliche Anspruch auf erblose Güter nicht als Ausfluß der Staatshoheit zu betrachten, sondern lediglich privatrechtlicher Natur ist, indem er seine Entstehung kaiserlichen Privilegien, insbesondere dem von Maximilian II. im Jahre 1572 ertheilten Privilege verdankt, kraft welchem u. A. auch das dem Kaiser zustehende fiskalische Recht auf erblose Güter auf den Rath als Verwalter des städtischen Gemeinwesens übergegangen ist.

Vergl. auch Ref. IV. 8. §. 2. Orth, Anm. II. Theil S. 142.

Da ferner die erfolgte Einverleibung der freien Stadt Frankfurt in die preußische Monarchie diesen privatrechtlichen Anspruch auf erblose Verlassenschaften um so weniger zu alteriren vermochte, als selbst die auf die Staatshoheit gegründeten Vermögensrechte nicht ohne Weiteres auf die Krone Preußen übergegangen sind, indem dieser Uebergang vielmehr notorischermaßen noch nicht erfolgte Auseinandersetzung und Theilung, bzw. gesetzliche Regelung voraussetzen würde;

Digitized by Google

da endlich auch anderen preußischen Städten, z. B. Berlin und Cöln, das von ihnen im Jahr 1508 contractlich erworbene Recht auf erblose Güter auf Grund des allg. preuß. Landrechtes, Thl. II. Tit. 16 §. 20 belassen worden ist, obwohl auch sie inzwischen die Gerichtsbarkeit vollständig verloren haben;

Vergl. das Recht der Stadt Berlin auf herrnlose Verl. in der deutschen Gerichtszeitung Bd. III. S. 167 flg.

so erscheint zur Zeit wenigstens nicht der königl. preuß. Fiscus, sondern vielmehr die Stadtgemeinde Frankfurt als zur Empfangnahme des dahier curatorisch verwalteten Hecker'schen Vermögens berechtigt und ist daher dem Antrag des Curators, wie gestellt, nicht zu entsprechen u. s. w.

K. St.-G. II. zu Frankfurt a. M., 16. März 1868.

E. Appellationsgericht.

24.

Ein von dem Plenum des Stadtgerichts erkannter, jedoch nicht vollzogener und später von dem Stadtgerichtsdirector erneuerter Arrest zur Begründung des Gerichtsstandes bedarf zu seiner Gültigkeit einer Bestätigung Seitens des Plenums des Stadtgerichts, da Art. 48 der P. P. O. keinen Unterschied macht, ob die Gerichtscommission oder der Stadtgerichts-Director den Arrest von Anfang an erkannt hatte, oder ob dieselben etwa nur einen früher von dem Plenum erkannten Arrest behufs des Vollzugs erneuert haben, das Gesetz vielmehr jeden derartigen Arrest ohne Ausnahme einen provisorischen benennt, der mithin der Bestätigung des Plenums bedarf.

Urtheil des Stadtgerichts I. d. d. 23. Dec. 1867 in S. Marx c. Fürsten Wrede.

Dieses Urtheil wurde von dem Appellationsgericht bestätigt: Nach Art. 51 der Prozeßordnung von 1819 könne dieser Personal-Arrest zur Begründung des Gerichtsstandes nur unter der Voraussetzung

Digitized by Google

erkannt werden, daß der fremde Schuldner hier anwesend sei und von dem Gerichtsboten betroffen werde. Die hiesige Rechtssprechung sei deßhalb auch beständig und ausnahmslos von dem Grundsatz ausgegangen, daß ein Arrestbefehl nur für den Tag, an welchem er erlassen, Gültigkeit habe und kraft Gesetzes von selbst wirkungslos werde, wenn er während dieser Zeit nicht zur Ausführung gebracht werden könne. Das Gesetz über den Arrestprozeß kenne aber eine Erneuerung des Arrestes in der Weise, daß ein einmal wirkungslos gewordenes Erkenntniß durch einfaches Anrufen wieder in Kraft treten könne, überall nicht. Der Arrest müsse daher eintretenden Falls wiederholt beantragt und begründet und wiederholt vom Gericht geprüft und erkannt werden, wobei alle Erfordernisse, welche das Gesetz überhaupt vorschreibt, zu beobachten seien, insbesondere liege kein Grund vor, den Imploranten von der Nachklage zu befreien.

Urtheil des Appellations-Gerichts d. d. 27. Januar 1868.

(Ist rechtskräftig.)

25.

Die Parteien stimmen in den Angaben über den Abschluß des in Rede stehenden Kaufgeschäfts überein, gehen aber insofern auseinander, als Kläger behauptet, die Zahlung des Kaufpreises habe bei Bezug der Waare stattfinden sollen, während der Beklagte angibt, es sei Vorausbezahlung des Kaufpreises bedungen worden.

Das Stadtgericht I. erkannte: da hier ein qualificirtes Geständniß des Beklagten vorliege, so habe Kläger den Abschluß des Geschäfts, sowie er ihn behauptet, zu beweisen, während es dem Beklagten allerdings unbenommen bleibe, den von ihm behaupteten andern Sachverhalt gegenbeweislich darzuthun.

Das Appellationsgericht erkannte dagegen, daß der Beklagte die von ihm behauptete Vereinbarung der Vorausbezahlung des Kaufpreises zu beweisen habe, da nach Art. 342, Absatz 3 des H.-G.-B. die Vermuthung gegen Vorausbezahlung des Kaufpreises streitet.

Urtheil des Stadtgerichts I. d. d. 17. September 1867.

Urtheil des App.-Ger. d. d. 14. Februar 1868 in S. Bauer c. Schwarz

(Ist nicht rechtskräftig.)

Digitized by Google

26.

Der von dem Pfandgläubiger auf Grund des Art. 310 des H.-G.-B. erwirkte Verkauf des Pfandes ist unanfechtbar, und es kann wegen Benachtheiligung des Schuldners durch die Art und Weise der Vornahme des Verkaufs eine Schadensklage gegen den Pfandgläubiger überhaupt nicht erhoben werden.

Urtheil des Stadtgerichts I. vom 7. Oct. 1867 in S. Gebr. Baß c. Rexroth.

Aufgehoben durch das rechtskräftige Urtheil des App.-Ger. vom 14. Febr. 1868: Bezüglich der ohne Vernehmung der Gegenseite vom Handelsgericht ertheilten Ermächtigung zum Verkauf der Faustpfandpapiere könne nicht gesagt werden, daß damit das dem Verkaufe zu Grunde liegende Rechtsverhältniß zwischen den Partheien seinem ganzen Inhalte nach bereits in judicium deducirt worden sei, noch weniger aber, daß damit über dieses Rechtsverhältniß und über die aus dem Verkauf sich ergebenden Rechtsansprüche beider Theile bereits erkannt sei.

F. Obertribunal*).

4.

1. Art. 54 der Wechsel- und Merkantil-Ordnung v. 1739 ist durch Art. 2 u. 15 des Einführungsgesetzes zum H.-G.-B. beseitigt und die Art. 313—316 H.-G.-B. sind an dessen Stelle getreten.
2. Das Retentionsrecht des Art. 313 setzt das Eigenthum des Schuldners an den zu retinirenden Sachen voraus.
3. Der Besitzer eines Inhaberpapiers wird gegen die Vindication des Eigenthümers durch die Gesetze vom 8. Juli 1816 u. 20. April 1830 nur alsdann geschützt, wenn ihm ein dinglicher Rechtstitel zur Seite steht, also nicht in den Fällen des Art. 54 der W.-O. v. 1739.
4. Voraussetzungen des Pfandrechts aus Art. 372. H.-G.-B.

Erk. vom 28. Jan. 1868 i. S. von Bonstetten u. Gen. c. B. Metzler sel. S. u. C. vergl. Rundschau 1867 S. 6 N° 11.

*) Die Rundschau wird von nun an die Entscheidungen des Obertribunals in Frankfurter Rechtssachen in möglichster Vollständigkeit zur Mittheilung bringen.

Digitized by Google

Das beklagte Bankhaus hatte im Auftrag eines Berner Bankiers Effekten gekauft und in Verwahrung behalten und gedachte, als der Berner Bankier fallirte, sich durch dieselben zu decken. Dritte Personen vindicirten jedoch die Effekten als ihr Eigenthum. Das Obertribunal entschied zu Gunsten der Vindicanten aus folgenden

Gründen:

Den Gegenstand der Entscheidung bilden auch in dieser Instanz die drei Fragen, ob dem klägerischen Vindicationsanspruche gegenüber das beklagte Bankhaus

1) das stillschweigende Pfandrecht aus Art. 54 der Wechsel- und Merkantil-Ordnung vom 26. Mai 1739,
2) das gesetzliche Pfandrecht des Commissionärs aus Art. 374 des deutschen Handels-Gesetzbuchs,
3) das durch Art. 313 ibid verliehene und dort seinen Wirkungen nach definirte Zurückbehaltungsrecht,

mit Erfolg geltend machen kann.

Anlangend die beiden ersten Fragen kann es nicht bedenklich erscheinen, der übereinstimmenden Ansicht beider Vorderrichter beizupflichten. Denn

ad 1) ist es nach den legislatorischen Verhandlungen über die Einführung des Handelsgesetzbuchs in dem Gebiete der vormaligen freien Stadt Frankfurt nicht zu bezweifeln, daß der Art 54 der Wechsel- und Merkantil-Ordnung mit jener Einführung ganz und gar außer Kraft getreten und durch die Art. 313—316, beziehungsweise Art. 15 des Einführungsgesetzes vom 17. October 1862 ersetzt ist. Art. 54 ist also einer Anwendung auf Rechtsverhältnisse, die erst seit der Einführung des Handelsgesetzbuchs entstanden sind, nicht empfänglich. Um solche Verhältnisse handelt es sich hier, denn die dem Guthaben der Beklagten zu Grunde liegenden einzelnen Forderungen datiren insgesammt aus der der Einführung des Handelsgesetzbuchs nachfolgenden Periode. Ein Pfandrecht oder dem Pfandrechte analoges accessorisches Recht für jene Forderungen hat demnach auch erst seitdem entstehen können. Es kann ein solches aus der früheren Gesetzgebung nicht hergeleitet werden. Daß das Object des

Digitized by Google

angeblichen Pfandrechtes schon früher (seit den Jahren 1857—1859) in Händen des Gläubigers war, ändert hieran nichts, da das Pfandrecht nicht selbstständig für sich, sondern, als accessorium der Hauptforderung, nur mit dieser entstehen konnte. Die für die entgegengesetzte, die Möglichkeit eines der persönlichen Forderung vorhergehenden Pfandrechtes geltend gemachte Analogie des gesetzlichen Pfandrechtes des Vermiethers, oder der vertragsmäßigen Pfandbestellung für zukünftige Forderungen ist nicht zutreffend, da in diesen Fällen ein persönliches Rechtsverhältniß bei der Entstehung des Pfandrechtes im Prinzip immer vorhanden ist und nur seinen vollen Effekt erst in der Folge erlangt.

Sintenis, Pfandrecht §. 11. Seite 59. 60.

Die Frage ad 2) erledigt sich durch die Erwägung, daß, abgesehen davon, ob die nach Aushändigung der Bankactien, und nachdem sie für die aus deren Ankauf ihr erwachsenen Ansprüche längst befriedigt ist, bei der beklagten Handlung zurückgebliebenen Dividendebogen die rechtliche Eigenschaft eines Commissionsguts behalten haben, jedenfalls die Forderung des beklagten Bankhauses, für welche das Pfandrecht in Anspruch genommen wird, den Charakter einer Forderung, „aus laufender Rechnung in Commissionsgeschäften" im Sinne des Art. 374 in fine nicht an sich trägt, da nicht bewiesen und nicht einmal mit Bestimmtheit behauptet ist, daß oder welcher der einzelnen Posten der betreffenden Rechnung aus eigentlichen Commissionsgeschäften herrühren.

Es kommt daher schließlich auf die von den beiden Vorderrichtern difform entschiedene Frage an:

> ob der Artikel 313 des Handelsgesetzbuchs dem beklagten Handlungshause gegen die Vindication der Kläger den behaupteten Schutz gewährt, d. h. ob kraft desselben dem Gläubiger ein Pfandrecht an den mit Willen des Schuldners auf Grund von Handelsgeschäften in seinen Besitz gekommenen beweglichen Sachen ꝛc. und zwar auch dann, wenn solche nicht Eigenthum des Schuldners sind, zusteht?

Ueberwiegende Gründe sprechen für die Verneinung dieser Frage.

Digitized by Google

Zunächst ist der für die Begründung der entgegengesetzten Ansicht ausgesprochene Gedanke als unbegründet zurückzuweisen, daß dem Art. 313 des Handelsgesetzbuchs in dem Gebiete der vormaligen freien Stadt Frankfurt ein eigenthümlicher partikularistischer Sinn beigemessen, daß bei den Gesetzgebern, welche die Einführung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs für das erwähnte Gebiet vorzubereiten hatten, die Intention vorausgesetzt werden könne, Besonderheiten des früheren Partikularrechts in den Art. 313 gewissermaßen hineinzutragen, dergestalt, daß es zulässig wäre, dies, wie in dem Erkenntnisse voriger Instanz geschehen ist, dahin auszudrücken:

> „Das durch den Art. 313 ertheilte Zurückbehaltungsrecht sei nach den dasigen (Frankfurter) Gesetzen nichts anderes als Pfandrecht. Der Charakter eines solchen sei ihm in dem Gebiete der vormaligen freien Stadt Frankfurt beizumessen."

Einer solchen Annahme steht entgegen, erstlich, daß, wenn die Frankfurter Gesetzgeber beabsichtigt hätten, in einer so auffälligen Weise die erstrebte Einheit des deutschen Rechtszustandes zu stören, es hierfür eines unzweifelhaften Ausdruckes bedurft haben würde; zweitens, daß aus den vorliegenden legislatorischen Verhandlungen eine derartige Absicht nicht, vielmehr die entgegengesetzte zu erkennen ist, die mit dem Inhalte des Artikels 313 des Handelsgesetzbuchs korrelaten Bestimmungen des älteren Rechts

(Art. 54 der Merkantil- und Wechselordnung)

als durch jenen ersetzt gänzlich abzuschaffen, und aus dem älteren Rechte nur die Ausdehnung der Vorschrift des Art. 54 (jetzt also des Art. 313) über das nicht commerzielle Gebiet beizubehalten; endlich drittens, daß, wie dies durch Doctrin und Rechtsprechung unzweifelhaft bezeugt ist, der Art. 54 der alten Merkantil- und Wechselordnung diejenige prägnante, für die hier ventilirte Frage entscheidende Tragweite, die der Appellationsrichter in ihm hat finden und aus ihm in das neue Recht hat hinüber tragen wollen, nicht enthalten, daß derselbe allerdings ein wirkliches Pfandrecht und nicht ein bloßes Retentionsrecht gewährt hat, aber ein Pfandrecht, welches nur entstand, wenn die Waaren, welche der Gläubiger in Ver-

Digitized by Google

wahrung bekommen hatte, Eigenthum des Schuldners war, welches also den Vindicationsansprüchen des dritten Eigenthümers nicht entgegen gesetzt werden konnte. Zur Bestätigung dieser Behauptung darf auf die Entscheidungsgründe des (von den Oberappellanten in beglaubigter Abschrift vorgelegten) Erkenntnisses des bisherigen höchsten Gerichtshofes der vormaligen freien Stadt Frankfurt in Sachen Günther c. Weiller Bezug genommen werden.

Es wird also allein darauf ankommen, den eigentlichen von den Redactoren des deutschen Handelsgesetzbuchs gewollten Sinn des Art. 313 zu erforschen.

Es ist bisher ein ganz besonderes Gewicht auf die Entstehungsgeschichte des Art. 313 gelegt worden. Die Prüfung des darüber vorliegenden Materiales ergibt indeß schließlich als positives Resultat nur, daß man sich nach vielfachen Diskussionen über die jetzige Fassung des Artikels geeinigt hat. Diese Fassung zu verstehen und ihren Sinn nach den richtigen Interpretationsregeln aufzudecken, ist also dasjenige, worauf es ankommt. Wenn es nun wahr ist, daß es für die Beurtheilung der Natur des im Art. 313 verliehenen Rechtes weniger auf den Namen als auf dessen gesetzlich definirte Wirkungen ankommt, so ist es doch auch gewiß nicht ohne Gewicht, wenn das Recht bewußter und überlegter Weise mit dem Namen Zurückbehaltungsrecht bezeichnet und um für den Juristen jeden Zweifel zu beseitigen, der technische terminus: Retentionsrecht in Parenthese hinzugefügt wird. Hiermit ist ein Ausgangspunkt für die Beurtheilung gegeben; es ist ausgesprochen, daß man nicht einfach ein gesetzliches Pfandrecht, sondern jedenfalls etwas davon Verschiedenes, wenn auch in seinen Wirkungen ihm wieder Verwandtes hat gewähren wollen.

Unbedingt zugegeben ist indeß auch, daß das Recht, trotz des ihm gegebenen Namens von einem bloßen Retentionsrechte im römischen Sinne sehr verschieden ist, und daß es die wesentliche Eigenschaft mit dem Pfandrechte gemein hat, daß dem Gläubiger die Befugniß der Veräußerung zum Zwecke bevorzugter Befriedigung und zwar mit Umgehung des ordentlichen Gerichtsstandes des Schuldners, bei dem Richter der gelegenen Sache nachzusuchen, eingeräumt ist.

Digitized by Google

Mit Rücksicht hierauf ist es nicht auffallend zu finden, wenn das Retentionsrecht als ein dem Pfandrechte adäquates, als eine Art von gesetzlichem Pfandrecht bezeichnet wird, wie diese Bezeichnung im Laufe der legislativen Discussionen hin und wieder gebraucht worden ist.

Zu bestreiten ist es dagegen, wenn mit der Annahme, daß das Recht des Art. 313 als ein dem gesetzlichen Pfandrechte analoges, mit demselben mehr, wie mit einem bloßen Zurückbehaltungsrechte verwandtes zu betrachten sei, die ganze den Gegenstand der gegenwärtigen Entscheidung bildende Frage für erledigt angesehen werden soll.

Die Beantwortung dieser Frage liegt auf einem ganz anderen Gebiete und es ist der entschiedenste Widerspruch dagegen zu erheben, wenn an die Annahme eines durch den Art. 313 verliehenen gesetzlichen Pfandrechtes ohne Weiteres die Consequenz geknüpft wird, daß damit auch die Anwendbarkeit des die Gültigkeit eines von einem Nichteigenthümer bestellten Pfandrechtes unter gewissen Voraussetzungen sanctionirenden Art. 306 des Handelsgesetzbuchs gegeben sei.

Es ist nicht die Frage: ob dem Gläubiger aus Art. 313 ein Pfandrecht, d. h. ein Recht directer Befriedigung vor allen anderen Gläubigern, an den in seinen Besitz gekommenen Objecten zusteht? sondern darum handelt es sich, ob das durch den Art. 313 verliehene Recht, werde dies nun als Pfandrecht, oder wie sonst bezeichnet, ein solches ist, welches auch an Sachen, die nicht Eigenthum des Schuldners sind, erworben und den Ansprüchen des wahren Eigenthümers entgegen gesetzt werden kann.

Es ist gemeinrechtlicher, aus dem Wesen des Eigenthums fließender Grundsatz, daß ohne Zustimmung des Eigenthümers an einer Sache kein rechtsgültiges Pfandrecht bestellt werden kann. Dieser Grundsatz ist auch partikularrechtlich in Frankfurt nicht aufgehoben. Er gilt für bewegliche, wie unbewegliche Gegenstände. Es ist nicht wahr, daß theilweise in Bezug auf eine Art von beweglichen Gegenständen in Frankfurt der den dinglichen Charakter des Eigenthumes aufhebenden Grundsatz: Hand muß Hand wahren, les meubles n'ont pas de suite, Geltung habe.

Digitized by Google

Gegenüber der gemeinrechtlichen Regeln bildet die Vorschrift des Art. 306 eine Ausnahme. Sie besteht (verschieden von dem Satze: prossession vaut titre, der in mobilibus ohne Weiteres jeden Besitz schützt) darin, daß derjenige, welchem im Handelsverkehre von einem Nichteigenthümer eine Sache verkauft und übergeben oder verpfändet und übergeben worden ist, hierdurch, seine eigene Redlichkeit vorausgesetzt, Eigenthum beziehungsweise Pfandrecht an der Sache erwirbt und dies dem früheren Eigenthümer entgegensetzen kann. Sie beruht auf dem Prinzip, daß im Handelsverkehre der gute Glaube geschützt und demjenigen, dem eine Waare oder andere bewegliche Sache verkauft oder zum Pfande gegeben wird, die Nothwendigkeit einer Untersuchung des Eigenthumes seines Verkäufers oder Pfandgebers nicht auferlegt werden soll.

Der exceptionelle Character dieser Vorschrift gestattet nicht, sie über die ihr gegebenen Gränzen auszudehnen; daß sie, wie der Appellationsrichter sich ausdrückt, in dem schneidendsten Wiederspruche mit den Grundsätzen des gemeinen Rechtes steht, dieselben, soweit sie reicht, zerstört, ist ein Grund, sie strikt zu interpretiren, nicht sie auf analoge Fälle auszudehnen, am wenigsten, wenn es mit der angeblichen Analogie solcher Fälle zweifelhaft steht.

Die Vorschrift des Art. 306 gilt (soweit sie hier in Betracht kommt) ihrer ratio und ihrem Wortlaute nach nur von dem conventionellen Faustpfande, nicht von gesetzlichen Pfandrechten. Daß sie auf besondere Fälle des gesetzlichen Pfandrechtes (das der Art. 374, 382 und 409) ausdrücklich ausgedehnt ist, ist nach dem Satze: unius positio est alterius exclusio, das stärkste Argument für die Unzulässigkeit jeder weiteren Ausdehnung. Wozu würde es der speziellen Bestimmung in Betreff des gesetzlichen Pfandrechtes des Art. 374 bedurft haben, wenn Art. 306 von selbst einer analogen Anwendung auf alle Fälle des gesetzlichen Pfandrechtes empfänglich wäre?

Es ist ein wenig befriedigendes Argument, des Rechtes aus dem Art. 313 geschehe deßhalb im Art. 306 nicht Erwähnung, weil es nicht ausdrücklich Pfandrecht genannt sei. Hätte es unter die Vorschrift des Art. 306 subsummirt werden sollen, so hätte es darum, daß ihm der Name des Pfandrechtes fehlt und es nur an seinen

Digitized by Google

Wirkungen als ein solches erkannt werden kann, erst recht ausdrücklich erwähnt werden müssen.

Aber auch der Wortlaut des Art. 313 spricht gegen die von dem Appellationsrichter geltend gemachte Analogie. Er gewährt das Zurückbehaltungsrecht an den „Sachen des Schuldners." Hiermit ist auf das vorausgesetzte Eigenthum des Schuldners an den Sachen hingewiesen, und wenn man den Ausdruck auch nicht unbedingt entscheidend finden will, so muß man doch zugeben, daß der Gesetzgeber sich einer inkorrecten Redeweise bedient haben würde, wenn er das Zurückbehaltungsrecht mit den ihm beigelegten Wirkungen dem Gläubiger auch an fremden, dem Schuldner nicht gehörigen Sachen hätte einräumen wollen.

Die Annahme, daß dem Art. 313 eine conventio tacita zu Grunde liege, ist nicht berechtigt, indem das dazu nothwendige Element: die Uebergabe der Sache Seitens des Schuldners als sein Eigenthum, in dem Artikel nicht vorausgesetzt ist. Nicht um eine Uebergabe der Sache von Seiten des Schuldners als seines Eigenthumes und einer Inbesitznahme der Sache in dieser Eigenschaft Seitens des Gläubigers, mit der beiderseitigen Absicht einer dadurch zu gewährenden und zu erlangenden Sicherheit, was als eine stillschweigende Pfandbestellung bezeichnet werden könnte, handelt es sich in dem Falle des Art. 313, sondern lediglich um die nicht in Beziehung zu einem bestimmten Schuldverhältnisse stehende Thatsache, daß Sachen im Wege des Handelsverkehres mit Willen des Schuldners in den Besitz des Gläubigers gekommen sind, wie denn auch im vorliegenden Falle von den Beklagten nicht behauptet ist, daß F. L. Schmid ihnen gegenüber sich als Eigenthümer der Bankactien gerirt oder diese als sein Eigenthum ihnen übergeben habe.

Wenn sonach die Ansicht, daß Art. 313 in Verbindung mit 306 des Handelsgesetzbuchs den Beklagten gegen die klägerischen Vindicationsansprüche an sich Schutz gewähre, verwerflich erscheint, so könnte schließlich mit Rücksicht auf Art. 308 ibidem, welcher für die, in den Art. 306 und 307 vorgesehenen Fälle die dem Besitze noch günstigeren Bestimmungen der Landesgesetze aufrecht erhält, sowie mit Rücksicht auf die behauptete und bestrittene Eigenschaft der den

Digitized by Google

Gegenstand der Klage bildenden Dividendenbogen, als Inhaberpapiere, noch die Frage in Betracht zu ziehen sein, ob nicht eventuell die oftcitirten Frankfurter Specialgesetze vom 8. Juli 1817 und 20. April 1830 im Interesse der Beklagten eine andere Beurtheilung zu begründen geeignet sein möchten.

Auch dies ist zu verneinen und zwar aus Gründen, die eine weitere Erörterung der Frage, ob diese Dividendenbogen Inhaberpapiere sind, überflüssig machen.

Die bezogenen Gesetze schließen nicht, im Sinne des Grundsatzes: „Hand muß Hand wahren", die Vindication in Bezug auf Inhaberpapiere aus. Sie bezwecken nur hinsichtlich derselben das, was das neuere Handelsrecht für alle Objecte des Handelsverkehrs vorschreibt, nämlich den, welcher in gutem Glauben Eigenthum oder Pfandrecht a non domino erworben hat, gegen die dingliche Klage des früheren Eigenthümers zu schützen. Darüber, wie weit dieser Schutz nach dem Gesetze vom 20. April 1830, wenn es sich um andere, als um Eigenthumsrechte handelt, reicht und ob derselbe auf das conventionelle Pfandrecht stricte zu beschränken sei, ist allerdings gestritten worden. Dagegen dürfte gegen die noch in der neuesten Zeit durch die Rechtsprechung in höchster Instanz sanctionirte Ansicht ein begründeter Zweifel nicht zu erheben sein, daß die Gesetze von 1817 und 1830 den Fall des gesetzlichen Pfandrechts aus Art. 54 der Merkantil- und Wechselordnung nicht berührten. Ist dies aber anzuerkennen, so muß dasselbe auch in Bezug auf Art. 313 des Handelsgesetzbuchs gelten, der, während er für das Frankfurter Territorium an die Stelle des Art. 54 cit. getreten ist, jedenfalls nicht mehr Rechte wie dieser gewährt.

Mit Recht hält denn auch der vorige Richter die particularrechtlichen Bestimmungen der Gesetze von 1817 und 1830, indem der dem Art. 309 zu Grunde liegende Satz weiter, wie sie, gehe, für nicht mehr in Betracht kommend.

Es ist nach allem Diesem die Entscheidung durch den den Klägern auferlegten Beweis, daß die Beklagten gewußt haben, daß die fr. Dividendenbogen nicht Eigenthum des F. C. Schmid gewesen, nicht bedingt, und hat daher, wie geschehen, das zweite Erkenntniß,

Digitized by Google

als mit der richtigen Auslegung des Artikel 313 des Handelsgesetzbuchs in Widerspruch stehend, aufgehoben und das Erkenntniß erster Instanz wiederhergestellt werden müssen.

G. Stempelwesen.

3.

Nachdem der Herr Provinzial-Steuerdirector laut Rescripts des Königl. Haupt-Steuer-Amts vom 8. Januar d. J. erkannt hatte, daß notarielle Beglaubigungen von Unterschriften dem Recognitionsstempel von 15 Sgr. (Tarif vom 19. Juli, Pos. 46) unterliegen, wurde, auf dagegen eingereichte Remonstration, vom Königl. Haupt-Steuer-Amt am 11. März d. J. das folgende Rescript erlassen:

Frankfurt a/M., den 11. März 1868.

In Folge der Vorstellung vom 31. Januar c. eröffnen wir Ihnen im Auftrag des Herrn Provinzial-Steuer-Directors, daß wenn auch im Allgemeinen nach dem Stempelgesetze vom 7. März 1822 Bescheinigungen, welche von Notaren unter nicht von denselben errichteten Urkunden behufs Beglaubigung der Unterschriften ausgestellt werden, dem Instrumentstempel von 15 Sgr. unterliegen, für Frankfurt doch noch die Pos. 22 des dem Frankfurter Stempelgesetz vom 26. October 1852 angehängten Tarifs in Kraft besteht und daß durch die Pos. 14 (Atteste) bzw. Pos. 174 (Zeugnisse) auch die bloßen Unterschriftsbeglaubigungen Seitens der Notaren nicht ausdrücklich besteuert sind. Diese Beglaubigungen sollen deßhalb vorläufig noch stempelfrei belassen werden.

Königliches Haupt-Steuer-Amt.
gez. **Pieg.**

An
den Königl. Notar Herrn Dr. jur. **Jucho**,
Wohlgeboren
№ 2565. hier.

Digitized by Google

Digitized by Google

Juristische Gesellschaft.

Monatliche Rundschau der gerichtlichen Entscheidungen.

April 1868.

Obertribunal.

Nachdem die Sammlung der Entscheidungen des Oberappellations-Gerichts zu Lübeck in Frankfurter Rechtssachen vom 1. Sept. 1853 an bis zum 31. Dez. 1864 in acht Bänden durch den Verein von Juristen vollendet ist, die Lübecker Entscheidungen aus den Jahren 1865 und 1866 aber in die Kierulff'sche Sammlung aufgenommen sind (siehe Vorbemerkung im 8. Bande), wird nunmehr mit der Herausgabe der Entscheidungen des Obertribunals in Frankfurter Rechtssachen begonnen. Es haben das Appellations-Gericht durch Beschluß vom 27. Mai 1867 und das Stadt-Gericht durch Beschluß vom 14. Juni 1867 dem unterzeichneten Herausgeber die gleiche Unterstützung wie bei der früheren Sammlung, insbesondere durch Mittheilung der Urtheile zugesagt: ich spreche hierfür wiederholt meinen Dank aus und bitte das Unternehmen allerseits unterstützen zu wollen.

Frankfurt a. M., den 17. April 1867.

Fiscal Dr. Jung.

1.

Dr. Glöckner, als Cessionar des Samuel Strauß, Kläger gegen Feist Strauß, Beklagten, Forderung betr.

Wirkliche Cession bedingt, daß die Beitreibung der Forderung dem Cessionar für eigene Rechnung überlassen ist: sonst ist die Cession als simulirt anzusehen. Das Inabredestellen der Erheblichkeit einer Thatsache enthält keine negative Einlassung.

Digitized by Google

Das Stadtgericht I. ließ dem Beklagten im Erkenntnisse vom 11. Dzbr. 1865 den Beweis der Simulation nach. Das Appellationsgericht erkannte im Erkenntnisse vom 12. März 1866 auf Abweisung der Klage, da der Kläger der Einrede der Simulation keine bestimmte Einlassung entgegengesetzt habe. Das Obertribunal bestätigte dieses Erkenntniß im Urtheil vom 5. März 1867.

Gründe.

In der Klageeinlassung des Beklagten ist der dem Klageanspruche zum Grunde liegenden Cession die Einrede der Simulation entgegengesetzt und auf die Behauptung gestützt worden, daß weder die vermeintliche Forderung von fl. 473. 13 kr. dem angeblichen Cedenten abgetragen, noch für dieselbe ein sonstiger Cessionspreis bezahlt, noch dem Kläger die Beitreibung der Forderung für eigene Rechnung überlassen worden sei. Auf diese Behauptungen des Beklagten ist in der Gegenerklärung des Klägers lediglich erwidert worden, daß dessen Sachlegitimation in der besten Ordnung sei, da der Beklagte die Aechtheit der Unterschrift des Cedenten S. Strauß auf der qu. Cession nicht in Zweifel gezogen; ob Letzterem die fl. 473. 13 kr. abgetragen, demselben ein Cessionspreis bezahlt, oder dem Kläger die Beitreibung der Forderung für eigene Rechnung überlassen worden sei oder nicht, könne dem Beklagten nicht releviren, von einer Simulation könne keine Rede sein. Auch in der Schlußerklärung ist auf die ausdrücklich festgehaltene Behauptung des Beklagten, dem Kläger sei die qu. Beitreibung auf eigene Rechnung nicht überlassen worden, nur ausgeführt, eine Cession sei nichts anderes als die Ausübung eines Forderungs-Rechtes des Cedenten für eigene Rechnung des Cessionars, und da hier die Unterschrift des S. Strauß als Cedenten nicht bestritten werde, so sei das Dasein der Cession klar; es sei nicht einzusehen, wie eine simulirte Cession daraus hergeleitet werden solle, daß nicht geradezu abgeleugnet werde, die Beitreibung der For-

Digitized by Google

derung sie dem Kläger nicht für eigne Rechnung überlassen worden.

Mit Recht ist in der sententia a qua die Behauptung des Beklagten, daß die Beitreibung der Forderung dem Kläger nicht für eigene Rechnung überlassen sei, für erheblich erachtet worden, indem, wie Kläger selbst ausgeführt hat, die Cession ihrem Wesen nach die volle Uebertragung einer Forderung auf den Cessionar darstellt, mithin für den Fall, daß S. Strauß Gläubiger bleiben sollte, eine wirkliche Cession nicht zu Stande gekommen und die qu. Cessions-Urkunde eine simulirte sein würde. Jene thatsächliche Behauptung aber des Beklagten, daß dem Kläger diese Beitreibung auf eigene Rechnung nicht überlassen worden sei, ist Seitens des Klägers nach ihrer thatsächlichen Seite hin, weder direct, noch auch implicite geleugnet, sondern nur in ihrer rechtlichen Relevanz bestritten worden.

Auch die in der Schlußerklärung I. Instanz enthaltene Aeußerung, von einer Simulation könne gar keine Rede sein, stellt sich nach dem ganzen Zusammenhange nicht als eine negative Litiscontestation, sondern nur als die Schlußfolgerung aus der vorhergehenden Rechtsausführung dar, deren Unhaltbarkeit sich aus dem Vorstehenden ergibt. — — —

2.

Flury Hérard, Kläger gegen C. L. Beyschlag, Beklagten, wegen Forderung. —

Stundung einer Schuld verworfen. — Art. 291 des H.-G.-B. setzt eine noch laufende Rechnung voraus.

Das Obertribunal bestätigte im Urtheil vom 5. März 1867 die verurtheilenden Erkenntnisse des Stadt- und Appellations-Gerichts in Erwägung,

daß die Behauptung des Beklagten, zu Ende 1857 eine Stundung der Schuld vom Kläger erhalten zu haben, durch

Digitized by Google

den Inhalt seines Briefes vom 12. August 1865 widerlegt wird, indem er sich darin keineswegs auf einen bereits erlangten Ausstand beruft, vielmehr einen solchen erbittet, auch seitdem nicht artikulirt hat, in welcher Weise die angebliche Stundung bewilligt worden sein soll;

daß sonach der Beweis der Unwahrheit der vom Beklagten aufgestellten Behauptung als geführt anzusehen ist und eine Veranlassung zur Auferlegung eines suppletorischen Eides nicht vorliegt.

Das Erkenntniß des St.-G. vom 5. Februar 1866 bemerkte über die Forderung von Zinseszinsen Folgendes:

dagegen sind die von dem Kläger verlangten Zinseszinsen unstatthaft, weil Artikel 291 des a. d. Handelsgesetzbuchs ausdrücklich eine laufende Rechnung voraussetzt; aus der eigenen Angabe des Klägers aber geht hervor, daß der frühere Verkehr zwischen ihm und Beklagten seit dem letzten Contocorrentabschluß nicht fortgesetzt worden ist, und in der Klage konnte nicht einmal behauptet werden, daß die jährlichen Rechnungsabschlüsse dem Beklagten mitgetheilt worden seien.

3.

Bertha Jost, Klägerin gegen Jul. Gundlach, Beklagten, Eheversprechen betr.

Beweisverfahren: nochmalige Abhör eines inzwischen des Meineids verdächtig gewordenen Zeugens ist unzulässig.

Der Beklagte hatte zu beweisen, daß Klägerin mit andern Männern geschlechtlichen Umgang gepflogen u. s. w. habe; das Stadt-Gericht I. erkannte auf den Ergänzungseid in Erkenntnisse vom 28. Mai 1866; aus dessen Entscheidungsgründen ist zu bemerken:

Zeuge St. hat mit Bestimmtheit ausgesagt, daß Klägerin zur Zeit ihres Umganges mit Beklagtem mit ihm verlobt gewesen und geschlechtlichen Umgang gepflogen habe, und hiermit würde das Beweisthema vollständig gedeckt erscheinen. Es kann aber nach dem

Digitized by Google

Ergebniß des Impugnationsbeweises, in Folge dessen kein Zweifel darüber besteht, daß dieser Zeuge sein geschwornes Zeugniß, wenn auch nicht festgestellt ist in wie weit, für falsch erklärt hat, auf Letzteres in keiner Weise ein rechtliches Gewicht gelegt werden, wie sich denn auch unter diesen Umständen eine nochmalige Vernehmung des Stab als durchaus unzulässig erweist.

Ref. I. Tit. 25. §. 9.

Das Appellations-Gericht im Erkenntnisse vom 12. September 1866 und das Obertribunal im Erkenntnisse vom 2. April 1867 bestätigten das stadtgerichtliche Erkenntniß, das Obertribunal

in Erwägung, daß die Entscheidung der vorigen Richter die richtige Consequenz der sachgemäßgewürdigten Ergebnisse der Beweisaufnahme ist.

4.

Ploß und Sohn, Kläger gegen Oscar Jäger, Beklagten, Forderung betreffend.

Art. 339 des H.-G.-B. Verkauf auf Besicht. — Art. 323 d. H.-G.-B.

Bei dem Verkauf auf Besicht wird das Präjudiz des Art. 339 Abs. 4 dadurch nicht beseitigt, wenn der Käufer lediglich Bemängelung über Waare oder Preis vorgebracht, ohne sich über seine Genehmigung des Kaufes bestimmt auszusprechen.

Das Stadtgericht I erkannte am 13. Nov. 1865 in Erwägung

2) daß diesem Sachverhalte nach, keinem Zweifel unterliegt, daß es sich hier nicht um einen festen Kauf handelt, sondern um einen Kauf auf Besicht oder Probe, an welchen in Gemäßheit des Art. 339 des a. d. H.-G.-B. der Käufer vor seiner Genehmigung nicht gebunden ist, es sei denn, daß er innerhalb der beßfalls verabredeten oder ortsgebräuchlichen, oder ihm von dem Verkäufer zur Erklärung vorberaumten Frist geschwiegen habe, in welchem Fall er als den Kauf genehmigend angesehen wird;

3) die klägerische Voraussetzung, daß Beklagter die Verpflichtung übernommen habe, die fraglichen Decken sofort zu besichtigen

Digitized by Google

und die nicht convenirenden sofort franco zurückzusenden, sich actenmäßig als unrichtig sich darstellt, da im Gegentheil Beklagter gleich Anfangs in seinem Brief vom 16. Februar 1864 [8], noch bevor die Waaren abgesandt und eingetroffen waren, auf das Bestimmteste bemerkte, die franco Rücksendung derselben, zu welcher er an sich nicht verbunden war, geschehe von seiner Seite nach Beendigung der Messe (5. April 1864), sonach, wenn Klägerin mit diesem Termine nicht einverstanden war, ihre Aufgabe gewesen ist, dies ausdrücklich zu erklären, was sie in den betreffenden Antwortschreiben nirgends gethan hat, während der in demselben ausgesprochene Wunsch, die Decken vor der Leipziger Jubilate-Messe zurückzuerhalten, mit dem beklagtischen Wunsche, dieselben bis nach Beendigung der hiesigen Messe behalten zu dürfen, insofern kaum collidirte, als die Leipziger Messe erst mehrere Tage nach dem Ende der hiesigen ihren Anfang nahm; an dem Ergebniß dieser Verhandlungen aber die spätere einseitige Aufforderung der Klägerin, das Collo der Decken tale quale zu retourniren, abgesehen davon, daß sie ihr stets festgehaltenes Verlangen auf Frankirung nicht zurücknahm und selbst in diesem Briefe eine sofortige Rücksendung nicht bestimmt verlangte, nichts zu ändern vermochte, wohl aber Beklagter befugt erschien, den Brief, in welchem seine Aufforderung enthalten war, als mit der früheren Verabredung in Widerspruch stehend, unbeantwortet zu lassen, ohne das Präjudiz des Artikels 323 des a. d. H.-G.-B. befürchten zu müssen;

> Vergl. Bescheid dieses Gerichts vom 8. November 1865 in Sachen Falk c. Schwarzschild.

wie denn auch, bewandten Umständen nach, nichts darauf ankommt, ob Beklagter, wie er behauptet, auch dem hiesigen Agenten der Klägerin erklärt habe, daß er die Decken behufs des Verkaufsversuchs bis Ende der Messe hier behalten wolle;

4) das weitläufige Vorbringen des Beklagten, daß er nach Analogie des erwähnten Artikels 323 nur zu einer Aufbewahrung

Digitized by Google

der Waare, und nicht zu deren freien Rücklieferung verpflichtet gewesen, weil letztere nur für den Fall eines Geschäfts unter den Partheien bedungen worden sei, factisch ebenso unbegründet ist, als in rechtlicher Hinsicht die Frage nicht relevirt, ob in dem Schreiben des Beklagten, worin er die Besorgniß ausspricht, daß bei der Höhe der Preise ein geringes oder kein Geschäft zu erwarten sei, eine Dispositionsstellung im Sinne des angeführten Artikels liegt oder nicht, da im concreten Fall nur das Moment entscheidet, daß Beklagter, getroffener Uebereinkunft gemäß, die Waaren rechtszeitig franco retournirt und hierdurch thatsächlich bekundet hat, daß sie ihm nicht conveniren, und er von dem Kauf auf Besicht zurückzutreten Willens sei;

5) nach vorstehender Erörterung die von der Klägerin vorgeschützte replica doli, welche sich auf einer willkürlichen Zurückbehaltung der Waare von Seiten des Beklagten stützt, keiner Widerlegung bedarf, zumal es nicht blos dem Vortheil des Beklagten, sondern auch dem Interesse der Klägerin entsprochen hätte, wenn es dem Beklagten gelungen wäre, während der hiesigen Messe die in Rede stehenden Decken seiner Absicht gemäß sämmtlich oder theilweise abzusetzen;

6) da nicht anzunehmen ist, daß dem Beklagten eine verspätete Rücklieferung zur Last fällt, auch überflüssig erscheint, auf die Rechtsfrage einzugehen, ob in einem solchen Fall der ganze Kaufpreis, oder blos der erlittene Schaden, welchen Klägerin nicht einmal mit Bestimmtheit behauptet hat, gefordert werden kann;

auf Abweisung der Klage: das Appellations-Gericht verurtheilte den Beklagten am **21.** Februar **1866** aus folgenden

G r ü n d e n:

Die Beschwerde der Kläger und Appellanten, weil Beklagter nicht der Klagbitte gemäß zur Zahlung verurtheilt worden sei, ist für begründet zu erachten. Ist auch als richtig anzuerkennen, daß Beklagter die Befugniß hatte, die

Digitized by Google

in Frage stehenden Waaren, wenn und insoweit sie ihm nicht conveniren sollten, zurückzugeben, so kann doch dem Stadtgericht nicht auch dahin beigetreten werden, daß dem Beklagten zur Abgebung seiner Erklärung, ob er die Waaren behalten wolle, eine Frist bis zum 2. April 1864, an welchem Tage erst die Zurücksendung erfolgte, gestattet worden sei. In seinem Schreiben vom 16. Februar hatte derselbe zwar bemerkt, daß er die Waaren erst am Ende der hiesigen Ostermesse zurücksenden werde, es ist aber nicht zu befinden, daß die Kläger in ihrem Schreiben vom 22. Februar auf die Bewilligung einer solchen Frist ausdrücklich oder stillschweigend eingegangen sind. Sie verlangten vielmehr eine rechtbaldige Rücksendung, dieser Ausdruck schon spricht aber dafür, daß ihnen eine so lange Frist nicht genehm war. Sie haben aber auch als Grund, warum sie eine rechtbaldige Rücksendung erwarten müßten, ausdrücklich angegeben, daß sie noch vor der Leipziger Jubilate-Messe anderweitige Verwendung für die Waaren in Aussicht hätten. Es ist daher nicht anzunehmen, daß sie bis zum Anfange dieser Messe, wie das Stadtgericht vermeint, warten wollten, sondern daß ihnen vielmehr daran gelegen war, schon einige Zeit vorher wieder im Besitze der Waaren zu sein. Hierzu kommt, daß Beklagter in seinem Schreiben vom 27. Februar die angesetzten Preise als enorm hoch bezeichnete und nicht undeutlich zu verstehen gegeben hatte, daß er die Waaren nur, wenn die Preise herabgesetzt würden, zu behalten gesonnen sei. Unter diesen Umständen waren die Kläger vollkommen berechtigt, in ihrem Schreiben vom 2. März, in welchem sie die Herabsetzung der Preise bestimmt verweigerten, die sofortige Zurücksendung der Waaren zu verlangen.

Da nun Beklagter diese Zuschrift ganz ohne Antwort gelassen hat, so durften die Kläger nach Art. 339 des H.-G.-B. voraussetzen, daß dieselben nunmehr die Waaren um die angesetzten Preise, welche er zwar im Allgemeinen als zu hoch, nicht aber in ihren einzelnen Ansätzen bestritten

Digitized by Google

hatte, behalten wollen. Mit Recht haben sie daher die Annahme der Waare, als nicht destoweniger eine Zurücksendung versucht wurde, verweigert.

Uebrigens hat Beklagter selbst sich auch in seiner Vernehmlassung überall nicht auf eine bis Ende der hiesigen Messe gestattete Frist berufen, sondern in seiner Rechtfertigung nur darauf beschränkt, zu behaupten, daß ihm überhaupt die Zurücksendung nicht obgelegen habe. Es sei genügend gewesen, daß er, wie in seinem Schreiben vom 27. Februar geschehen sei, die Waaren zur Verfügung der Absender gestellt habe. Abgesehen jedoch davon, daß eine solche Verfügungsstellung in dem erwähnten Schreiben gar nicht enthalten ist, so ist auch ein solcher Einwand dem klaren Inhalte der vorliegenden Correspondenz geradezu entgegen, da in allen betreffenden Schreiben die und zwar franco Zurücksendung zur Pflicht gemacht und als Pflicht anerkannt worden ist.

In einem späteren Schreiben beruft sich Beklagter zwar auch darauf, daß ihm später die Hierbehaltung der Waaren bis Ende der Messe durch den Agenten der Kläger noch besonders gestattet worden sei, allein dieser außergerichtliche Einwand ist in diesem Rechtsstreite überall nicht geltend gemacht worden. Er ist in der Vernehmlassung, wo er hingehört hätte, nicht zu finden und selbst in der Schlußerklärung nachzutragen nicht einmal versucht worden, da daselbst lediglich nur der von den Klägern diesem Schreiben zu ihren Gunsten gegebenen Auslegung widersprochen wurde.

Das Obertribunal bestätigte am 2. April 1867 dieses Erkenntniß in Erwägung,

daß das zwischen den Parteien zu Stande gekommene Geschäft einen Verkauf auf Besicht darstellt, bei welchem, nach den im Art. 339 des deutschen Handels-Gesetzbuchs darüber aufgestellten Regeln dem Käufer oblag, sich binnen einer den Umständen angemessenen Zeit über seine Genehmigung oder

Digitized by Google

Nichtgenehmigung auszusprechen; daß die von dem Verklagten in dem Briefe vom 27. Februar 1864 unmittelbar nach Empfang der Waare abgegebene Erklärung, daß er die Preise zu hoch finde und daher weiteren Nachrichten entgegensehe, nicht als eine ausdrückliche Nichtgenehmigung, sondern als ein Versuch zur Erlangung günstigerer Bedingungen aufzufassen ist; daß deßhalb das durch den Schlußsatz des citirten Art. 339 begründete Präjudiz gegen den Verklagten fortdauerte, dergestalt, daß, wenn er nun der in dem Briefe der Klägerin vom 4. März ejusd. enthaltenen kategorischen Aufforderung zu sofortiger Rücksendung der Waare, zu welcher die Klägerin, abgesehen von früherer Verabredung, vermöge der durch die Erklärung des Verklagten veränderten Sachlage berechtigt war, nicht nachkam, und statt dessen sich bis zum 4. April stillschweigend verhielt, dieß Stillschweigen eine andere Auslegung, als die, daß er nunmehr die Waaren zu den angesetzten Preisen behalten wolle, nicht gestattete und somit den von der Klägerin mit der Klage erhobenen Anspruch begründete.

5.

Joseph Wiesner, Kläger gegen Rosa Behrends, geb. Wirth, Beklagte, Forderung betr.

Prüfung einer Beweisführung ob Erfüllungs- oder Reinigungs-Eid.

Das Obertribunal bestätigte am 2. April 1867 die Erkenntnisse des Stadt- und Appellations-Gerichts, welche den Kläger zum Erfüllungseid zugelassen, aus folgenden

Gründen:

Die Ober-Appellantin stellt als Beschwerde auf, daß nach dem Resultat der Beweisführung nicht der Kläger mit der Forderung von 292 fl. 15 kr. für angeblich gelieferte Schreinerarbeiten abgewiesen und in die Kosten verurtheilt, eventuell, daß nicht wenigstens auf den Reinigungseid für die Verklagte erkannt worden.

Digitized by Google

Diese Beschwerde erscheint nicht begründet.

Der erste Richter hat bereits in dem Bescheid vom 12. Juni 1865 bei dem, dem Kläger auferlegten Beweise

„daß die Beklagte die in der Rechnung verzeichneten Arbeiten in eigenem Namen bestellt habe",

erwogen,

„daß ein solches Contrahiren in eigenem Namen schon dann anzunehmen wäre, wenn die Beklagte nicht ausdrücklich erklärt haben sollte, daß sie im Auftrag von Sontag bestelle und der Kläger auch nicht durch sonstige Umstände nothwendigerweise zu der Ueberzeugung habe gelangen müssen, daß sie nicht für sich selbst contrahire."

Diese Ausführung ergibt, daß die Thatsache der Bestellung für die Begründung der Klage als hinreichend erachtet, der Umstand aber, ob die Bestellung im eigenen Namen geschehen, nur für den Fall speciell hervorgehoben worden, wenn es sich um den Gegenbeweis handle, daß im Auftrag des Fabrikanten Sontag die Arbeiten bestellt worden, oder dies aus den Umständen nothwendig habe geschlossen werden müssen.

Die Bestellung der Arbeiten wird nun von der Verklagten an und für sich nicht bestritten, aus dem Geschäftsbuch des Klägers geht auch hervor, daß die Arbeiten nur auf ihren Namen und nicht auf den des Sontag eingetragen worden. In dieser Beziehung ist das Geschäftsbuch jedenfalls von Gewicht und es kommen die bei den einzelnen Lieferungen gerügten Unregelmäßigkeiten der Buchführung nicht in Betracht, zumal nicht das Interesse ersichtlich ist, weßhalb der Kläger, wenn für den Sontag wirklich bestellt worden, dessen Name in dem Geschäftsbuch nicht angeschrieben habe.

Durch die Aussagen der Gegenbeweiszeuginnen W. und B. werden aber diese Beweise nicht beseitigt, da sie weder von einer ausdrücklichen Bestellung für und im Namen des Sontag reden, noch über besondere Umstände mit Bestimmt-

Digitized by Google

heit bekunden, aus welchen für den Kläger die Ueberzeugung von einem solchen Verhältniß nothwendig hätte hervorgehen müssen.

Die W. sagt:

„bei den Bestellungen der Frau Behrends bei Wiesner bin ich mehrmals gegenwärtig gewesen. Daß sie dabei ausdrücklich erklärt hätte, sie mache die Bestellung für Rechnung und Namens des Sontag, erinnere ich mich nicht."

Die B. deponirt zwar anfangs

„alle diese Bestellungen machte sie (die Verklagte) nur Namens und im Auftrag des Sontag";

später änderte sie diese Aussage mit den Worten:

„ich kann zwar nicht behaupten, daß die Behrends dabei ausdrücklich dessen gedachte, daß sie Namens und im Auftrage von Sontag handle, aber Wiesner wußte, daß sie nicht im eigenen Namen, sondern für Sontag handle. Daß Wiesner dies wußte, habe ich aus den eigenen Aeußerungen desselben entnommen. Einzelner Aeußerungen kann ich mich freilich nicht mehr erinnern."

Diese Angaben beruhen vornemlich auf Vermuthungen und Schlußfolgen, welche die genannten Zeugen aus der geschäftlichen Verbindung ziehen, in der die Verklagte mit Sontag gestanden haben soll, dieselben sind aber nicht von der Bedeutung, um hierauf die Zulassung der Verklagten zum Reinigungseide gründen zu können, vielmehr rechtfertigt sich die Auflage des Erfüllungseides, welchen der Kläger zu leisten hat.

6.

Maria Thom, geb. Michels, Klägerin und Widerbeklagte gegen den Curator und Contradictor der Robert Thom'schen Debitmasse, Beklagten und Widerkläger, Illatenforderung betr.

1) Ref. III, 7. §. 11. u. 12, das Separationsrecht der Ehefrau geht durch deren thätigen Antheil am Geschäfte des Ehemanns verloren.

Digitized by Google

2) Die Zurückgabe einer Summe aus dem Eingebrachten der Ehefrau ist während der Ehe zulässig; dieses ergibt sich aus der Natur der Paraphernen und hatte diese Summe weder die Natur einer dos, noch war sie in die Gütergemeinschaft gefallen. — Die Analogie der Handelsgesellschaft ist hiergegen nicht geltend zu machen, da Art. 108 d. a. d. H.-G.-B. die Rücknahme der Einlage mit Einwilligung der Gesellschafter gestattet, obgleich Art. 112 soldarische Verbindlichkeit der Gesellschafter ausspricht.

3) Ist die Zurückgabe der gedachten Summe rechtsgültig geschehen, so kann der Curator solche ebensowenig zur Masse fordern, wie sonstiges Vermögen der Ehefrau, was der Ehemann nie besessen hat, unbeschadet des Rechtes der Gläubiger gegen die Ehefrau persönlich wegen der Summe, so weit sie solche noch besitzt, vorzugehen.

4) Ist aber die Zurückgabe der gedachten Summe im Bewußtsein der Insolvenz, also in fraudem creditorum geschehen und hat die Ehefrau wegen bewiesener Mitthätigkeit das Separationsrecht verloren, so ist die Summe zur Masse zurückzugeben.

5) Hatte die Ehefrau gar keine baare Summe inferirt, so ist die Zurückgabe der Summe als Schenkung anzusehen, welche nicht allein, unter der Voraussetzung der Insolvenz des Ehemanns als in fraudem creditorum geschehen, beanstandet werden kann, sondern auch nach den gemeinrechtlichen Regeln der Ungültigkeit von Schenkungen unter Ehegatten, welche Ref. III, 5, 1. 2. 3. nicht aufgehoben hat *).

Thatsächliches.

Die Ehefrau hatte ihre Illaten, Baarbeträge und Mobilien, erstere unter Abzug eines von ihrem Manne zurückerhaltenen Betrags von fl. 753. 31 kr., — aus dem Concurse des Ehemannes mit Vorzugsrecht gefordert. Der Contradictor bestreitet die Illation und behauptet Verwirkung des Separationsrechtes der Frau wegen ihres dauernden thätigen Antheils am Geschäfte des Mannes. Ueberdies reklamirt er widerklagend, die von dem Gemeinschuldner an die Klägerin geleistete Zahlung von fl. 753. 31 kr., da dieselbe kurz vor ausgebrochener Insolvenz mit Unrecht und in fraudem creditorum geschehen sei.

Das Urtheil des Obertribunals vom 16. April 1867 lautet:

*) Das Obertribunal spricht implicite den Satz aus, daß die Vermögensstücke der Frau, welche dem Manne zu Besitz und Verwaltung nicht übergeben oder während der Ehe wieder entzogen wurden, nicht zum „vermischten Gut“ gehören, kein Illatum bilden und daher auch keiner Separation bedürfen.

Digitized by Google

Zu Recht erkannt: daß das Erkenntniß des Appellationsgerichts zu Frankfurt a. M. vom 5. März 1866, insoweit als es dem Verklagten nachgelassen, zu beweisen:

II) für den Fall, daß sich als Ergebniß der Beweisführung in der Vorklage herausstellt, daß die Klägerin ihrem Ehemanne eine baare Summe in die Ehe nicht gebracht hat,

daß der Ehemann der Klägerin zu der Zeit, als er derselben die in Rede stehenden fl. 753. 31 kr. bezahlt hat, im Zustande der Insolvenz gewesen ist, und daß er hiervon Kenntniß gehabt hat,

hiermit aufzuheben, im Uebrigen das gedachte Erkenntniß zu bestätigen, die gerichtlichen Kosten der dritten Instanz jedem Theile zur Hälfte zur Last zu legen, die außergerichtlichen zu compensiren und die Sache zur weitern Verhandlung und Entscheidung an das Königl. Stadtgericht zu Frankfurt a. M. zurückzuweisen.

Gründe.

Die Erkenntnisse der beiden Vorderrichter weichen darin von einander ab, daß der erste Richter dem Verklagten und Widerkläger außer dem directen und indirecten Gegenbeweise gegen den der Klägerin auferlegten Beweis ihres liquidirten Einbringens in die Ehe in den Sätzen, worauf es gegenwärtig nicht ankommt, nur den Beweis auferlegt hat, daß und welchen Antheil die Klägerin an dem Geschäftsbetriebe ihres Ehemannes genommen habe, weil nach den Gründen unter IV. die Klägerin zur Rückgabe der von ihrem Manne angeblich auf ihre Illatenforderung geleisteten Zahlungen dann schon verpflichtet sei, wenn sie entweder Nichts oder nicht entsprechendes Vermögen erweislich in die Ehe gebracht habe oder in dem Geschäfte ihres Ehemannes dauernd mitthätig gewesen sei, wogegen der zweite Richter die Entscheidung über die von Widerkläger verlangte Rückzahlung des der Klägerin von ihrem Manne in den Monaten Januar bis März 1865 gezahlten Betrages von fl. 753. 31 kr. noch

Digitized by Google

I. für den Fall, daß Klägerin den Beweis ihres behaupteten Einbringens erbringt, von dem Beweise des Widerklägers:

daß der Ehemann der Klägerin zu der Zeit, als er derselben die in Rede stehenden fl. 753. 31 kr. bezahlt hat, im Zustande der Insolvenz gewesen ist und daß er und die Klägerin hiervon Kenntniß gehabt haben,

und

II. für den Fall, daß die Klägerin nach dem Ergebniß der Beweisführung ihrem Ehemanne eine baare Summe in die Ehe nicht gebracht hat, von dem Beweise des Widerklägers abhängig macht:

daß der Ehemann der Klägerin zu der gedachten Zeit im Zustande der Insolvenz gewesen ist und daß er hiervon Kenntniß gehabt hat.

Gegen diese beiden Beweisauflagen ist von Seite des Widerklägers das Rechtsmittel der Oberappellation gerichtet und zwar gegen die erste die Beschwerde unter

A. daß nicht das Stadtgerichts-Erkenntniß vom 27. November 1865 unter Verurtheilung der Jenseite zu den Kosten voriger Instanz lediglich bestätigt worden sei.

Die Rechtfertigung greift die Gründe unter II. des Appellations-Erkenntnisses an und sucht theils aus dem ehelichen Güterrechte in der Stadt Frankfurt, theils aus handelsrechtlichen Grundsätzen auszuführen, daß eine Ehefrau, welche an dem Handelsgeschäfte ihres Mannes thätigen Antheil nimmt, Nichts von ihrem Eingebrachten aus der Verwaltung des Mannes, beziehungsweise aus dem Geschäfte heraus empfangen und den Gläubigern entziehen könne. Am Schlusse seiner Deduction erhebt Ober-Appellant jedoch selbst schon den Einwand wider dieselbe, daß aus der Verhaftung der Frau gegen die Gläubiger mit ihrem Vermögen noch nicht die Verbindlichkeit der erstern folge, Beträge ihres Eingebrachten, welche sie während der Ehe in gutem Glauben aus

Digitized by Google

der Verwaltung ihres Mannes zurückerhalten habe, bei einem über das Vermögen des letztern ausbrechenden Concurse zu dessen Masse wieder abzuliefern, und obgleich er diesen Einwand zugleich als nicht stichhaltig darstellt, da es der Widerverklagten an einem Interesse fehle, den Creditoren ihres Mannes den geständig empfangenen Betrag von fl. 753. 31 kr. dermalen vorzuenthalten und denselben dagegen vorzubehalten, ihre Forderungen selbstständig gegen sie, die Frau, zur Geltung zu bringen, oder eintretenden Falles Concurserkennung über ihr, der Frau, Vermögen zu beantragen: so deutet nichts destoweniger eben jener Einwand den entscheidenden Grund an, weßhalb die erste Beschwerde A zurückgewiesen werden muß.

Mit Recht hat der vorige Richter die gemäß §. §. 11. 12. III. 7. der Reformation unbedenkliche Annahme, daß Klägerin, falls sie an dem Geschäfte ihres Ehemannes thätigen Antheil genommen hat, des Separationsrechtes verlustig und den Gläubigern mit ihrem eigenen Vermögen verhaftet sei, von den Fragen geschieden:

ob die Zurückgabe beziehungsweise Zurücknahme der Summe von fl. 753. 31 kr. aus ihrem Eingebrachten während der Ehe gültig habe geschehen können?

und ob, wenn dies zu bejahen, dennoch durch die Eröffnung des Concurses über das Vermögen ihres Mannes Klägerin in die Lage gekommen sei, jene Summe aus ihrem Vermögen zur Concursmasse abzuliefern?

Die Bejahung der erstern unterliegt keinem begründeten Zweifel. Die gedachte Summe hatte weder die rechtliche Natur einer dos, noch war sie nach dem Frankfurter ehelichen Güterrechte in die Gütergemeinschaft der Ehegatten gefallen, sondern dem Manne unbestrittenermaßen nur die Verwaltung daran eingeräumt und kein Gesetz hinderte die Frau, dieselbe wieder an sich zu nehmen, vielmehr ergiebt sich aus l. ult. c. de pact. conv. (5. 14.), l. q. §. 3 D. de I. D. (23. 3.)

Digitized by Google

wie der Natur der Paraphernen ihre Befugniß dazu. Auch die Analogie, welche Ober-Appellant zwischen dem Verhältnisse einer Ehefrau, die an dem Handelsbetriebe ihres Mannes thätigen Antheil im Sinne der Reformation a. a. O. aus einer Handelsgesellschaft geltend zu machen sucht, würde zu keinem anderen Ergebnisse führen, da Artikel 108 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches die Befugniß eines Gesellschafters mit Einwilligung der übrigen seine Einlage oder seinen Antheil am Gesellschaftsvermögen zu vermindern, ausdrücklich anerkennt, obgleich Artikel 112 daselbst die solidarische Verbindlichkeit der Gesellschafter für alle Schulden der Gesellschaft ebenso ausspricht.

War demnach die Herausgabe der fl. 753. 31 kr. an die Klägerin rechtsgültig erfolgt, so ist nicht abzusehen, welcher Unterschied zwischen denselben und sonstigem Vermögen der Klägerin, das niemals vorübergehend in Besitz und Verwaltung des Mannes gekommen war, hinsichtlich ihrer Verpflichtung zur Einwerfung ihres Eigenthums in dessen Concursmasse bestehen sollte. Die fl. 753. 31 kr. haben durch ihre Herausgabe, beziehungsweise Herausnahme aus der Verwaltung des Mannes lediglich aufgehört, in dieser als Illat zu sein, und waren nunmehr in der Hand der Frau auch äußerlich von dem Vermögen des Mannes wiederum gesondert. Das Recht einzelner oder aller Gläubiger, welche im Concurse die Masse des letzteren beanspruchen, auch gegen die Frau persönlich ihre Forderungen geltend zu machen und event. auch an jenen fl. 753. 31 kr., falls sie solche noch besitzt, ein Executions-Object zu ihrer Befriedigung von der Frau zu finden, ist seinen Vorbedingungen und seinem Erfolge nach offenbar ein anderes, als das jetzt mit der Wiederklage prätendirte Recht des Contradictors und Curators für die Debitmasse des Mannes als solche, und es läßt sich keineswegs der Behauptung beipflichten, daß es für die Wiederverklagte ohne Interesse und gleichgültig sei, ob sie jenen Theil ihres Vermögens ohne Weiteres an die Debitmasse ihres Mannes

Digitized by Google

abgeben müſſe, oder die perſönlichen Klagen der Gläubiger gegen ſie ſelbſt abwarten, beziehungsweiſe dieſelben in anderer Weiſe abwenden können.

Die Hauptbeſchwerde gegen die Beweisauflage I. des Tenors des Appellationsbeſcheides erſcheint demnach unbegründet. Ebenſo wenig kann die Behauptung, daß dieſe Beweisauflage bereits erledigt, weil ſchon als erwieſen anzuſehen ſei, daß zur Zeit der Reſtitution der fl. 753. 31 kr. an die Ehefrau der Cridars die Inſolvenz des letzteren eingetreten war und beide Eheleute, eventuell wenigſtens der Ehemann, davon Kenntniß hatten, nach Lage der Acten als begründet angenommen und eine Beſchwerde gegen die Beweisauflage I. aus dem der Schluß- und beziehungsweiſe Gegenerklärung des Wiederklägers vom 24. October 1865 beigefügten, nicht beweiskräftigen Schreiben des angeblichen Hauptcreditors Schmitz und aus dem Inhalte noch zu adjungirenden Acten abgeleitet werden, wogegen es dem Oberappellanten überlaſſen bleibt, im Beweisverfahren davon Gebrauch zu machen.

Dagegen erſcheint die Beſchwerde

B. gegen die Beweisauflage II. des Appellationsbeſcheides gerechtfertigt. Denn der dafür vom vorigen Richter angegebene Grund (unter III), daß die Hingabe der fl. 753. 31 kr. von Seite des Mannes an ſeine Ehefrau, auch wenn und obgleich ſie als Schenkung anzuſehen ſei, blos unter der Vorausſetzung beanſtandet werden könne, daß der Ehemann zur Zeit, als ſie erfolgte, im Zuſtande der Inſolvenz geweſen ſei, widerſpricht der gemeinrechtlichen Regel der Ungültigkeit der Schenkungen unter Ehegatten, welche nach l. 3. §§. 10, 11. D. de don. i. v. & ux. 24, 1 ohne Rückſicht auf die Zahlungsfähigkeit des Geſchenkgebers eintritt, inſofern nicht eine Ausnahme von der Regel erweislich Platz greift. Das Frankfurter Recht, namentlich die §. §. 1. 2. 3. III. 5 der Reformation

Digitized by Google

haben diese Regel zwar nicht in ihrer Strenge aufrecht erhalten, sondern das Gebiet der Ausnahmen davon erheblich erweitert, indem sie dem Richter die Duldung von Schenkungen zwischen Ehegatten unter Umständen gestatteten, unter welchen die in §. 1 daselbst erwähnten Gründe für die Regel gemäß den §. §. 2 und 3 ihre Bedeutung verlieren: allein aufgehoben ist die Regel als solche dadurch nicht — vergl. Orth und Souchay über die herkömmliche Auslegung der citirten Pragraphen — und tritt nur außer Anwendung, wenn dergleichen Umstände (§. §. 2 und 3) dem Richter nachgewiesen werden. Dieses ist nicht geschehen, auch vom zweiten Richter ebensowenig wie vom ersten angenommen, die Zeit der fraglichen Zahlungen an die Wiederverklagte wenige Monate vor der Concurseröffnung über das Vermögen ihres Ehemannes und die Höhe des Betrages spricht an und für sich vielmehr gegen das Vorhandensein rechtlicher Schenkungsursachen und sie selbst will die Zahlungen nicht geschenkweise, sondern als Rückzahlungen auf ihr Eingebrachtes empfangen haben. Sollte sich nun dennoch herausstellen, daß es Geschenke gewesen, so würde also deren Ungültigkeit nicht von der damaligen Insolvenz des Ehemannes und seiner Kenntniß hierum bedingt, sondern von Rechtswegen in Ermangelung des Gegenbeweises, daß Gründe für die Aufrechthaltung dieser Schenkungen nach den citirten §§. 2 und 3 vorliegen, mit dem ersten Richter anzuerkennen sein. Der Wiederkläger war demnach von der ihm zu II. des Tenors des angegriffenen Appellations-Erkenntnisses eventuell aufgelegten Beweislast zu entheben.

Das Unterliegen des Oberappellanten mit der einen und Obsiegen mit der anderen Beschwerde hatte die Vertheilung der Kosten zur Folge.

Digitized by Google

Aus den Entscheidungsgründen des Appellations-Gerichts-Erkenntnisses vom 5. März 1866 ist Folgendes anzuführen:

Die Klägerin ist aber ihrerseits zur Rückgabe der erwähnten fl. 753. 31 kr. alsdann verpflichtet und demgemäß die hierauf gerichtete Widerklage alsdann begründet, wenn sie an dem Geschäft ihres Ehemannes thätigen Antheil genommen, auch gleichfalls zur Zeit der Zahlung jener fl. 753. 31 kr. von der Insolvenz ihres Ehemannes Kenntniß gehabt hat und somit durch die Empfangnahme jener fl. 753. 31 kr. zur Verwirklichung der oben erwähnten Absicht ihres Ehemannes wissentlich mitgewirkt hat.

l. 1, §. 2. D. quae in fraudens cred. 42. 8.
Puchta, Vorlesungen, Bd. §. 380, S. 247.
Seuffert, Pandekten, Bd. 3, §. 670, ut a 13.
Seuffert, Archiv, Bd. 3, N° 251.
Bd. 5, N° 95.
Bd. 12, N° 227.

Zwischen den Parteien ist unbestritten, daß die Klägerin die gedachten fl. 753. 31 kr. in den Monaten Januar, Februar und März 1865 von ihrem Ehemann erhalten hat.

Da nun der beklagte Contradictor neben der bereits oben erwähnten Behauptung, daß die Klägerin an dem Geschäft ihres Ehemannes thätigen Antheil genommen hat, wirklich die bestimmte Behauptung aufgestellt hat, daß der Ehemann der Klägerin zur Zeit der fraglichen Zahlung im Zustand der Insolvenz gewesen ist und daß er sowohl wie die Klägerin hiervon Kenntniß gehabt haben, dieser Behauptung aber von der Klägerin widersprochen worden ist, so muß demselben der Beweis dieser Behauptung für den Fall nachgelassen werden, daß von der Klägerin der Beweis ihres behaupteten Einbringens unter I. rücksichtlich der Posten 1, 2, 3, 4, sei es ganz oder theilweise, und vom Beklagten der Beweis unter II. 4 hinsichtlich der Thätigkeit der Klägerin in dem Geschäfte ihres Ehemannes erbracht wird.

Hiernach kann der Entscheidung des Stadt-Gerichts unter IV. seiner Gründe, wonach die Klägerin schon in dem Fall zur Rück-

Digitized by Google

zahlung derjenigen fl. 753. 31 kr., die sie nach ihrer Angabe auf ihre Illatenforderung erhalten hat, verbunden ist, wenn nur bewiesen wird, daß sie in dem Geschäft ihres Ehemannes dauernd thätig war, und sie somit ihres Separationsrechts verlustig erklärt werden muß, nicht beigestimmt werden.

III. Hat die Klägerin ihrem Ehemann, wie der Beklagte behauptet, eine baare Summe gar nicht in die Ehe gebracht, so ist der Ehemann der Klägerin, indem er ihr in den Monaten Januar, Februar und März 1865 die Summe von fl. 753. 31 kr., die er ihr somit gar nicht schuldig war, wissentlich auszahlte, so anzusehen, als ob er ihr diese Summe geschenkt habe. Hierüber kann nach dem klaren Wortlaut der

l. 53. D. de R. J. 50. 17.

Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est,

ein Zweifel nicht bestehen.

Puchta, Vorlesungen, Bd. 2, Seite 173.
Keller, Pandekten, Seite 572.
Göschen, Vorlesungen, Bd. 2, Buch 3, Seite 656.
Weiske, Rechtslexicon, Bd. 2, S. 891.
Thibaut, Versuche, Bd. 2, S. 134.

Die Zahlung dieser Summe an die Klägerin kann natürlich in dem Fall nicht beanstandet werden, wenn ihr Ehemann zur Zeit, als sie erfolgte, im Zustand der Insolvenz gar nicht gewesen ist.

Hat sich dagegen der Ehemann der Klägerin zur Zeit der Zahlung im Zustand der Insolvenz befunden und war ihm dies bekannt, so ist unbedenklich anzunehmen, daß er, wenn ihm die Klägerin eine baare Summe in die Ehe gar nicht gebracht hat, jene fl. 753. 31 kr. derselben in der Absicht, sie den Gläubigern zu entziehen, also in fraudem creditorum übergeben hat. Die Klägerin ist hiernach zur Rückzahlung der fraglichen fl. 753. 31 kr. alsdann verpflichtet, wenn der Beklagte beweist, daß der Ehemann der Klägerin, als er die gedachte Zahlung leistete, sich im Zustand der Insolvenz befunden hat und ihm dies bekannt war. Dagegen braucht der Beklagte, um diese

Digitized by Google

Rückzahlung zu bewirken, da die Klägerin, wenn sie ihrem Ehemann eine baare Summe in die Ehe nicht gebracht hat, jene Summe nach der obigen Darlegung schenkungsweise also ex lucrativa caussa erhalten hat, nicht auch zu beweisen, daß die Klägerin zur Zeit der Zahlung Kenntniß von der Insolvenz ihres Ehemannes gehabt hat.

Puchta, Pandekten, §. 380.

Hiernach muß dem Beklagten für den Fall, daß die Beweisführung in der Vorklage das Ergebniß liefert, daß die Klägerin ihrem Ehemanne eine baare Summe in die Ehe nicht gebracht hat, der obenerwähnte Beweis nachgelassen werden.

Es kann somit der Entscheidung des Stadtgerichts unter IV. seiner Gründe, wonach die Klägerin schon in dem Fall zur Rückzahlung der in Rede stehenden fl. 753. 31 kr. verbunden ist, wenn sich nur nach dem Ergebniß der Beweisführung so viel herausstellt, daß sie ihrem Ehemann eine baare Summe in die Ehe gar nicht gebracht hat, nicht beigestimmt werden. Erscheint dem allem zufolge der Antrag der Klägerin auf vollständige Zurückweisung der Widerklage zwar verwerflich, so muß doch ihrer Beschwerde insoweit entsprochen werden, daß die Entscheidung unter IV. des stadtgerichtlichen Erkenntnisses in den oben berührten Punkten abzuändern ist.

Mit ihrer eventuellen Beschwerde verlangt die Klägerin, daß sie im Prinzip nur zur Herausgabe des von dem Betrag von fl. 753. 31 kr. noch Vorhandene verurtheilt werde.

Diese Beschwerde ist unbegründet.

Liefert das Beweisverfahren das Ergebniß, daß die Klägerin zur Zahlung von fl. 753. 31 kr. verbunden ist, so muß sie auch zur Zahlung dieser ganzen Summe verurtheilt werden, und ist es hierbei ganz gleichgültig, ob die Klägerin diese Summe noch vollständig oder nur theilweise besitzt.

Puchta, Pandekten, §. 380.

Das Verlangen der Klägerin ist um so unbegründeter, da sie in den seitherigen Verhandlungen gar nicht behauptet hat und auch in der jetzigen Instanz gar nicht behauptet, daß die gedachte Summe nur noch theilweise bei ihr vorhanden sei.

Digitized by Google

Stadtgericht II.

Dem Vernehmen nach ist entschieden worden, daß zum Behufe der Erbeinweisung die Vorlage eines Zeugnisses der städtischen Einkommen-Steuer-Commission über richtige Abführung der Steuern ferner nicht mehr erforderlich sei. Es hat sich aber Niemand veranlaßt gesehen, der Rundschau diese Entscheidung mitzutheilen.

Digitized by Google

Digitized by Google

Juristische Gesellschaft.

Monatliche Rundschau der gerichtlichen Entscheidungen.

Mai 1868.

A. Obertribunal.

7.

Caroline Schrepka zu Wien, Klägerin gegen C. Hensler, Beklagten.

Bestellung eines Anwalts beim Obertribunal verweigert, da das Erkenntniß des Appellationsgerichts rechtskräftig geworden.

Vom Obertribunal wurde am 16. April 1867,

in Erwägung: daß der Bescheid des königl. Appellationsgerichts zu Frankfurt a. M. vom 19. December 1866 dem Anwalte der Klägerin, Dr. A. v. Harnier, am 10. Januar 1867 zugestellt, die gesetzliche Frist zur Anmeldung der Oberappellation bei dem genannten Gerichte daher am 20. nämlichen Monats abgelaufen und der Klägerin dieses durch Schreiben ihres Anwaltes vom 11. desselben Monats unter dem Bemerken mitgetheilt worden ist, daß er demgemäß umgehend eine bestimmte Anweisung darüber erwarte, ob er das Rechtsmittel einwenden solle; daß aber weder eine solche Anweisung an ihn erfolgt noch überhaupt ein Rechtsmittel für die Klägerin gegen den appellationsgerichtlichen Bescheid in Frankfurt angemeldet worden, sondern erst am 4. Februar eine formlose Eingabe der Klägerin dahier eingegangen ist, als jener Bescheid bereits rechtskräftig war,

beschlossen:

daß das Gesuch der Klägerin vom 14. März d. J. um Zuordnung eines Anwaltes am Obertribunal zurück und dieselbe zur Ruhe zu verweisen sei.

Digitized by Google

8.

Bierbrauermeister Johann Jacob Jung, Kläger gegen Major a. D. J. R. Capitain, Beklagten, Entschädigung wegen eines Bauverbots betreffend.

Bei Liquidation eines zugesprochenen Schadens muß der Betrag im ersten Verfahren vollständig begründet werden, unter Angabe des Entstehungsgrundes, damit das Interlocuts auf die erheblichen Thatumstände gerichtet werden kann.

Ein von einem Dritten erwirktes Bauverbot bleibt ohne Einfluß auf das vom Beklagten widerrechtlich erwirkte Bauverbot.

Die Folgen des widerrechtlich erwirkten Bauverbots betreffend, so ist nicht nur der directe positive Schaden, sondern auch der entgangene Gewinn zu ersetzen.

Gründe zum Urtheil des Ober-Tribunals vom 2. Mai 1867.

Durch die rechtskräftige Entscheidung des Stadtgerichts zu Frankfurt a. M. vom 15. September 1862 ist das am 18. Januar desselben Jahres gegen den früheren Verklagten Jung erkannte Bauverbot aufgehoben und der damalige Kläger Capitain zu dem Ersatz aller hierdurch verursachten Schäden verurtheilt worden. Der in 8 Posten auf fl. 5225 liquidirte Entschädigungsanspruch wird in der neuen Klage vom 15. November 1864 darauf gegründet, daß der Kläger Jung wegen der durch das Bauverbot veranlaßten Verzögerung des erlaubten Brauhauses erst im Herbst 1863 statt im Herbst 1862 habe in Benutzung nehmen und überdies im Sommer 1863 die Hofwirthschaft nicht habe betreiben können, wodurch für ihn sowohl positiver Schaden entstanden als beträchtlicher Gewinn entgangen sei. Das Stadtgericht hat bei sämmtlichen Posten dem Kläger Beweis auferlegt, in Folge der vom Verklagten ergriffenen Appellation ist aber von dem zweiten Richter der erste Posten der Klage angebrachtermaßen, bei dem 6. Posten die Forderung von fl. 175 definitiv abgewiesen, im übrigen bestätigend erkannt worden.

Beide Theile erachten sich durch dieses Erkenntniß beschwert. Die Beschwerden sind jedoch unbegründet.

I. Was die Ober-Appellation des Klägers betrifft, so geht derselbe von der unrichtigen Ansicht aus, daß bei Liquidation einer

zugesprochenen Entschädigung im ersten Verfahren der Betrag nur im Allgemeinen, wie hier, mit der Gesammtsumme von fl. 5225 geschehen, anzugeben, die nähere Ausführung aber dem Beweisverfahren vorzubehalten sei. Es muß jedoch der im Prinzip anerkannte Anspruch schon im ersten Verfahren durch Aufstellung der Thatsachen, aus welchen der Schaden hervorgeht, vollständig begründet, folglich, wenn er aus mehreren einzelnen Theilen besteht, bei jedem der Entstehungsgrund näher angeführt werden, weil sonst nicht nur für den Verklagten eine Gegenerklärung unmöglich gemacht, sondern auch das Beweis-Interlocut nicht auf die erheblichen Thatumstände gerichtet werden kann. Letzteres der Beweisinstanz vorzubehalten und deßhalb die Beweisauflage nur im Allgemeinen zu fassen, erscheint nicht statthaft.

Bei der ersten Position wird der angebliche Schaden darin gefunden, daß der Kläger für Zubereitung der in seiner Wirthschaft verbrauchten 47 Sud Bier größere Ausgaben durch Benutzung fremder Brauereien gehabt habe, als das Brauen in eigenem Hause verursacht hätte. Der Schaden beruht demnach auf der Differenz der Auslagen. Um diesen Unterschied ermitteln zu können, mußten, wie der Appellations-Richter mit Recht annimmt, die Kosten der Zubereitung in der eigenen Brauerei, ebenso angegeben werden, wie dies bei der Miethe fremder Localitäten geschehen ist. Da diese Aufstellung gänzlich fehlt, eine Vergleichung des Kosten-Betrags also nicht stattfinden kann, so war der Kläger mit diesem Posten, wie angebracht, abzuweisen.

Der sechste Posten bezeichnet als Schaden zunächst die Summe von fl. 175 einjährige Zinsen von Baukosten, welche wegen der durch das Bauverbot entstandenen Hemmung zu frühe, folglich der Zeit nach nutzlos verwendet worden seien. In dem Appellations-Urtheil ist jedoch ausgeführt, daß für die nämliche Zeit ein entbehrter, weit höherer Geschäftsgewinn, bestehend in der entzogenen Benutzung der Brauerei und der Kellerräume während eines Jahres gefordert werde, dieser Anspruch jedoch von der Unterstellung ausgehe, daß die Localitäten fertig hingestellt gewesen, weil sonst ein Gebrauch nicht habe stattfinden können.

Digitized by Google

In diesem Fall gehen die Zinsen des Baucapitals in dem Ertrag der Localitäten auf und können nicht als erlittener Schaden neben dem entbehrten Gewinn besonders berechnet und gefordert werden. Die Zurückweisung des Klägers mit diesem Posten rechtfertigt sich also ebenfalls.

II. Hinsichtlich der Ober-Appellation des Verklagten und zwar zunächst in Betreff der Hauptbeschwerde unterliegt es keinem Bedenken, daß der Appellations-Richter den Causal-Zusammenhang zwischen dem mit Unrecht erwirkten Bauverbot und dem articulirten Schaden nach den vorliegenden thatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen richtig beurtheilt hat. Daß die Brauerei im Jahre 1862 hätte vollendet und der Geschäftsbetrieb sofort eröffnet werden können, wenn das Bauverbot die Fortsetzung der Bauarbeiten nicht sistirt, ist in detaillirter Darstellung der als erwiesen angenommenen Umstände erörtert worden. Der Vorwurf, daß der zweite Richter hierbei von Suppositionen ausgehe, worüber die Acten Stillschweigen beobachteten, trifft nicht zu, da die aus den beschränkten Localitäten entnommenen Argumente auf den unbestrittenen Angaben der Parteien beruhen und aus dem Vorproceß das Ortsbesichtigungs-Protocoll vom 9. September 1863 nebst dem Bauriß vom 27. Juni 1859 benutzt werden konnte. Die erst am 11. Juni 1862 ertheilte Bauerlaubniß erscheint dabei von keiner rechtlichen Bedeutung, weil es in diesem Proceß nicht darauf ankommt, ob der Kläger durch voreiliges Bauen gegen eine polizeiliche Vorschrift verstoßen, sondern ob er durch die Bauanlage in die Rechte des Verklagten eingegriffen und dieser deßhalb zur Erwirkung eines Bauverbots civilrechtlich befugt war, was aber bereits rechtskräftig widerlegt ist.

Der Umstand, daß das Bauverbot nur den nach der Seite des Verklagten gerichteten Neubau und hier nur über die Höhe von 20 Fuß hinaus betroffen habe, ist bereits in dem Appellations-Urtheil als unerheblich beseitigt. Den dort angeführten Gründen tritt noch hinzu, daß der Antrag auf Erlassung des Bauverbots nicht für sich allein bestand, sondern mit einer Klage verbunden war, nach welcher der Kläger Jung mit dem Bau 9 Fuß von der Grenze des Capitain zurückweichen sollte. Hiermit wurde natürlich der ganze

Digitized by Google

Bauplan in Frage gestellt und es konnte Jung vor entschiedener Sache in keinem Theil den Bau mit Sicherheit fortsetzen.

Auch dem von einem andern Nachbar, dem Gerümpler Schwalb, am 20. August 1862 erwirkten anderweiten Bauverbot kann für die vorliegende Frage ein rechtlicher Einfluß nicht zugeschrieben werden, weil das Verbot Seitens des Verklagten bereits selbstständig vor jenem bestand und noch fortdauerte, als das zweite bereits aufgehoben war, ersteres mithin hierdurch in seinen Wirkungen nicht berührt wurde. Die L. 11. §. 3. D. ad Legem Aquiliam (IX. 2) findet keine Anwendung, denn das zweite Bauverbot konnte die Folgen des ersten, wie erwähnt, nicht ändern und der dort erwähnte Fall, daß mit der Tödtung eines Menschen die Folgen der von einem Andern verübten Verwundung aufhören, ist wesentlich von dem vorliegenden verschieden. Die Hindernisse, welche der Verklagte und der genannte Schwalb dem Bau des Brauhauses entgegenstellten, stehen in keiner Verbindung mit einander, für eine Theilung des durch den Ersteren veranlaßten Schadens unter Beide fehlt es demnach an einem rechtlichen Grund *).

*) Aus den Entscheidungsgründen des Appellations-Gerichts vom 18. December 1865.

Bei dieser Sachlage kann darüber kein Zweifel sein, daß Beklagter die Störung des klägerischen Baus verschuldet hat und erscheint es rechtlich völlig gleichgültig, ob noch ein Anderer an der zeitweisen Störung des Baus mit die Schuld trägt, vielmehr gilt die Regel, daß jeder für den Schaden, welchen er rechtswidrig gestiftet, dem Beschädigten aufzukommen hat.

Die von dem Beklagten angezogenen Gesetze:

l. 27, §. 2, D. de rei vind. 6, 1,
l. 10, §. 1, D. de l. Rhod. 14, 2,
l. 21, p. D. de evict. 21, 2,
l. 26, C. de evict. 8, 45,

behandeln den Fall, daß der angerichtete Schaden als solcher dadurch, daß der betreffende Gegenstand von einem Dritten vernichtet wird oder in Folge eines casuellen Ereignisses, welches den Eigenthümer nach erfolgter Beschädigung betrifft, untergeht, verschwindet.

Mommsen, Lehre von dem Interesse, S. 149, 151 und 154.

Diese Gesetze sind demnach für den vorliegenden Fall überall nicht zutreffend.

Die vom Beklagten

3) weiter entgegengesetzten Einwendungen der propria culpa & mala fides Klägers, welche theils darin liegen sollen, daß letzterer den Nachbar Schwalb

Digitized by Google

Bei der ferneren Frage, welche Folgen des widerrechtlich erwirkten Bauverbots von dem Beklagten zu vertreten sind, kommt in Betracht, daß nach gemeinem Recht nicht nur der directe positive Schaden, sondern auch der entgangene Gewinn, — nicht nur der unmittelbar aus der Handlung entstandene Nachtheil, sondern auch der mittelbar voraussichtliche Schaden zu erstatten ist *).

---

zu einer früheren Klagerhebung gegen ihn, nicht selbst mittelst einer Provocationsklage veranlaßt, theils darin, daß Kläger zur Abwendung des vom Beklagten impetrirten Bauverbots sich erst am 19. Januar 1863 und nicht früher zur Cautionsleistung erboten habe, sind vom Stadtgericht mit Recht als wahrhaft frivol verworfen worden, um so mehr, als die Einrede der eigenen Verschuldung, falls ihr auch nur ein Schein thatsächlicher Begründung innewohnte, dem Beklagten, gleichviel ob in der freventlichen Erwirkung des Bauverbots ein wirklicher dolus oder auch nur eine culpa lata gefunden werden wollte, principiell nicht zusteht.

Unterholzner, Schuldverhältniß, Bd. 1, S. 254,
Mommsen, l. c., S. 257 flg.

*) Aus den Entscheidungsgründen des Appellations-Gerichts vom 18. December 1865.

So wenig es Demjenigen, welcher beispielsweise durch einen Dritten rechtswidrig verwundet wurde, verfagt ist, Ersatz dessen zu fordern, was er im Falle des Nichteintritts jener Verwundung hätte verdienen können, so wenig kann Kläger behindert sein, einen ihm lediglich durch das frevenliche Bauverbot Beklagtens entgangenen sicheren Gewinn ersetzt zu verlangen. Ob dieser Gewinn durch eigene Brauthätigkeit Klägers oder mittelst Vermiethung der Brauerei an andere Brauer erzielt worden wäre, ist für die Ersatzpflicht des Beklagten, sofern der entgangene Gewinn nachzuweisen ist, einflußlos und ist insbesondere in

l. 62, pr. de rei vind. 6, 1,
l. 19, de usuris 22, 1,
l 39, §. 1, de leg. I.
l. 5, 6, de rei vind. 3, 32,

ausdrücklich ausgesprochen, daß auch entgangene Miethzinsen mit der Schadensklage verlangt werden können.

Mommsen, Lehre vom Interesse, S. 182.
v. Holzschuher, Casuistik, Bd. III, S. 80.
Sintenis, Civilrecht, Bd. II, S. 71 u. 72.
Arndts, Pandekten, § 206.
Heimbach, Rechtslexikon, Bd. IX, S. 601.
Seuffert, Pandekten, Bd. II, S. 24.

Wenn Beklagter sich auf die vom Ober-Appellations-Gericht in Sachen Loenhold c Hoffmann 1859 *) ausgesprochene gegentheilige Ansicht beruft, so erscheint diese Bezugnahme bei der offensichtlichen Verschiedenheit der in beiden

*) Siehe Vereins-Sammlung Bd. 4, S. 359.

Digitized by Google

In dieser Richtung hat der Kläger in den Positionen 2, 3, 4 und 5 als Schaden die größeren Auslagen liquidirt, welche er beim Betriebe seiner Bierwirthschaft nicht gehabt haben würde, wenn die Vollendung seiner Brauerei nicht während eines ganzen Jahres durch das Bauverbot verhindert worden wäre. Sodann ist in den Positionen 7 und 8 der Gewinn berechnet, welcher ihm bei zeitiger Benutzung des Hofes zur Sommerwirthschaft und des Brauhauses theils zum eigenen Brauen, theils zum Vermiethen an Andere zugeflossen wäre. Vorausgesetzt, daß die aufgestellten Behauptungen nachgewiesen werden können, fallen sämmtliche Posten unter den rechtlichen Begriff des zu erstattenden Schadens und bewegen sich nicht auf dem Gebiet einer ungewissen spes. Gänzlich einflußlos ist hierbei die Bezugnahme auf die bestehende Biertaxe und bedarf es nach den Gründen des Appellations-Richters hierüber keiner weiteren Ausführung.

Die eventuelle Beschwerde des Verklagten verdient endlich ebenfalls keine Berücksichtigung, da die vom ersten Richter zum Beweis aufgestellten Thatsachen eine Beschädigung in dem oben bezeichneten Sinne erkennen lassen und in dieser Hinsicht die Klage genügend substantiiren. Der Antrag auf Abweisung, wie angebracht, ist daher nicht gerechtfertigt.

Die Verurtheilung der Ober-Appellanten in die Kosten des Rechtsmittels ist eine Folge der Entscheidung in der Hauptsache.

9.

M. S. Sonnemann, Handlung in Frankfurt, Impetrantin und Klägerin gegen Marcus Berle zu Wiesbaden, Beklagten und Impetranten, Forderung und Arrest betreffend

1) Erfordernisse der Arrestgesuche von Frankfurtern gegen Fremde: Special-Vollmacht zum Arrest; die Vereinigung der Wohnorte beider Parteien unter Preußen ist ohne Einfluß auf den bestehenden Arrest; selbst die

---

Fällen in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse unbegründet und genügt es darauf hinzuweisen, daß selbst das Ober-Appellations-Gericht auf Seite 17 seiner Entscheidungsgründe unter den Umständen, wie sie hier vorliegen, einen Anspruch auf Ersatz von Miethzinsen principiell keineswegs ausgeschlossen hat.

Digitized by Google

Aufhebung des Arrestes würde die Aufhebung der begründeten Competenz des Gerichts nicht bewirken.

2) Cessionen bei Handelsgeschäften bedürfen keiner schriftlichen Abfassungen oder sonstiger Förmlichkeiten. Art. 317 des a. d. H.-G.-B.

3) 6% Verzugszinsen vom Tage der Einführung des a. d. H.-G.-B., insbesondere nach Art. 289 und 291.

Thatsächliches.

Durch Urtheil des Oberappellationsgerichts zu Lübeck vom 28. Juni 1864 (Vereins-Sammlung Band 8 S. 393) war Beklagter zum Erfüllungseid zugelassen, daß die Cession der Disconto-Gesellschaft zu Berlin auf die Klägerin nur zum Scheine geschehen sei. Es erfolgte nun die Rückcession der Forderung auf die Disconto-Gesellschaft und die sofortige Wiederübertragung derselben Forderung auf die Klägerin; Klägerin erhob neue Klage mit Arrestgesuch. Das Stadtgericht erkannte am 25. Juni 1866:

Die vom Beklagten vorgeschützte Einrede der Incompetenz stützt sich auf die Meinung, daß dem Arrestgesuche vom 6. December 1864 die gesetzlichen Erfordernisse fehlten; allein mit Unrgrund, denn es wurde mit demselben allerdings eine förmliche Klage im Sinne des Art. 42 der Prozeßordnung verbunden und es war zu deren Substantiirung sowie zur Bescheinigung des Arrestgesuchs die Bezugnahme auf die zwischen denselben Parteien über das gleiche Streitobject vor dem nämlichen Gerichte verhandelten Acten und die in denselben enthaltenen Originalurkunden vollkommen zulässig. Auch bedurfte es der ausdrücklichen Angabe des Zwecks des impetrirten Arrestes im vorliegenden Falle um deßwillen nicht, weil die mit dem Arrestgesuche verbundene Klage gegen den fremden Beklagten den Zweck der Begründung des Gerichtsstandes und der Sicherung des Streitgegenstandes von selbst ergab.

Beklagter erhebt ferner die Einrede der fehlenden Activlegitimation, welche er

a) damit zu begründen versucht, daß die laut Akts d. d. Berlin den 1. Dec. 1864 erfolgte Rückcession der eingeklagten Forderung auf die Direction der Discontogesellschaft in Berlin und die sofortige Wiederübertragung derselben Forderung auf

Digitized by Google

die Klägerin um deßwillen nichtig sei, weil damit eine streitige, rechtshängige Forderung veräußert erscheine, indem zur Zeit dieser Cession das Purificationsdecret vom 2/3. Dec. 1864 und das Decret vom 9/12. Dec. 1864, welches die Abweisung der Klägerin aussprach, noch nicht erlassen gewesen.

Allein nachdem durch Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 18. Mai 1863 die Abweisung der Klägerin für den Fall rechtskräftig erkannt war, daß Beklagter den ihm daselbst unter II[a] zuerkannten Erfüllungseid ableisten würde, war auch, mit der wirklich erfolgten Eidesleistung der Beklagten am 30. Nov. 1864; zwischen den Parteien lis peracta im Sinne der Const. 2 Cod. de litigiosis, ganz abgesehen davon, daß das gesetzliche Verbot der Veräußerung streitiger Forderungen den Eintritt von anderen Personen in den Rechtsstreit an der Stelle des Klägers zu verhindern beabsichtigt,

Seuffert, Arch. Bd. 3 N: 22.

während im vorliegenden Fall Zweck und Folge der angefochtenen Cession vielmehr ein neuer Rechtsstreit zwischen denselben Parteien war, nachdem Beklagter seine Vertheidigung in den vorderen Prozessen gerade darauf gestützt, daß die fragliche Forderung in Wahrheit nicht auf die Klägerin übertragen worden sei; weßhalb es auch ihm gegenüber einer Rückcession gar nicht bedurfte, vielmehr die neue Cession, also eine Veräußerung seitens der im Streite nicht befangen gewesenen Direction der Discontogesellschaft in Berlin, den Grund der gegenwärtigen Klage bildet.

b) Beklagter behauptet aber weiter die Ungültigkeit dieser Cession wegen unvollständiger schriftlicher Form, insbesondere nach preußischem Rechte; hiergegen beruft sich Klägerin mit Recht auf die über dieselbe Frage gegebenen Entscheidungsgründe in den frühern Urtheilen, sowie auch auf Art. 317 des Handelsgesetzbuches, wonach die Handelsgeschäften die Gültigkeit der Verträge durch schriftliche Abfassung oder andere Förmlichkeiten nicht bedingt ist, während Beklagter mit Ungrund bestreitet, daß in der fraglichen Cession ein Handelsgeschäft zu befinden sei. Denn nach Art. 274. 299. des Handelsgesetzbuchs ist die vertragsweise Abtretung einer aus Geld-

Digitized by Google

geschäften resultirenden Forderung an eine mit eben solchen Geschäften befaßte Handlung, wobei über die Cessionsvaluta eine kaufmännische Berechnung stattfindet, was im vorliegenden Falle nach Inhalt des Cessionsacts anzunehmen ist, allerdings nach handelsrechtlichen Normen zu beurtheilen.

c) Den ganzen Inhalt der Verhandlungen vom 1. Dec. 1864 sucht Beklagter übrigens als wiederum nicht ernstlich gemeint darzustellen, und der Beweis dieser Einrede muß ihm nachgelassen werden, wobei er sich selbstverständlicherweise der dafür geltend gemachten Umstände, soweit er damit auszulangen gedenkt, mitbedienen und seinen Beweis insbesondere auch darauf richten kann, daß, wie er behauptet, Klägerin in Wahrheit nur aus der bereits in den vorderen Prozessen rechtskräftig verworfenen Scheincession klage.

4) Was nun die eingeklagte Forderung selbst betrifft, so — — —

a) bestreitet Beklagte die Befugniß der Klägerin, vom 4. Februar 1864 an, d. i. dem Tage, an welchem das Zinsengesetz vom 2. ejusdem dahier publicirt wurde, Verzugszinsen zu 6% zu fordern; er will solche vielmehr bis zum 15. Dec. 1864 als dem Tage der Klagbehändigung blos mit 5% anerkennen, und zwar deßwegen, weil nur 5% bedungen gewesen seien; allein der vertragsmäßige Zins kann, wo es sich um Verzugszins handelt, nicht maßgebend sein, und Klägerin wäre demnach sogar berechtigt gewesen, auf Grund der Art. 287. 289. des Handelsgesetzbuchs 6% Verzugszinsen vom Tage der Einführung des Handelsgesetzbuchs dahier, also vom 4. Dec. 1862 an zu fordern.

b) Beklagter fordert compensando eine Provision im Betrage von 19,333 Thlr. 10 Sgr. für angebliche Vermittlung eines am 8. Dec. 1856 dahier wegen Uebernahme von 10 Millionen Thaler Commandit-Antheile der Discontogesellschaft in Berlin zwischen der Direction dieser Gesellschaft und 18 Bankhäusern zu Stande gekommenen Vertrags. Ueber diesen Anspruch ist in dem ersten Prozesse weitläufig verhandelt und Beklagter damit in drei Instanzen abgewiesen worden. Dem gegen-

Digitized by Google

wärtigen Versuche des Beklagten, denselben in allgemeinerer Begründung zu erneuern, setzt die Klägerin mit Recht die Einrede der Dunkelheit entgegen. — — —

Aus diesen Gründen wird hiermit zu Recht erkannt:

I) — — —

II) wird Beklagter schuldig erkannt: Thaler 21,403 Sgr. 8 nebst Zinsen zu 5% vom 1. Jan. 1859 bis 4. Febr. 1864 und von da an zu 6% abzüglich von 112 Thlr. 9 Sgr. nebst 5% Zinsen vom 18. Jan. 1859 an und von 2060 Thlr. 14 Sgr. nebst 5% Zinsen vom 25. Februar 1859 an, binnen 14 Tagen an Klägerin zu bezahlen, auch derselben 4/5 der Kosten praev. liq. zu ersetzen, er wollte und könnte denn binnen gleicher Frist salva reprob. rechtsgenügend darthun, daß die Cession der eingeklagten Forderung nur zum Scheine geschehen sei,

für welchen Fall die Klägerin mit der erhobenen Klage unter Verurtheilung zum Kostenersatze abgewiesen werden soll.

Dieses Erkenntniß wurde durch Erkenntniß des Appellations-Gerichts vom 15. October 1866 und durch Urtheil des Obertribunals vom 21. Mai 1867 bestätigt.

Gründe zum Urtheil des Obertribunals:

Der Verklagte hat gegen das Erkenntniß zweiter Instanz die nämlichen sechs Beschwerden erhoben, welche er gegen das Erkenntniß des Stadt-Gerichts vom 25. Juni 1866 aufgestellt hatte. Die Rechtfertigung derselben ist ihm aber auch jetzt nicht gelungen.

I) Die in den Art. 41. 42. 49 und 51 der Prozeßordnung von 1819 angegebenen Erfordernisse der Arrestgesuche von Frankfurter Einwohnern gegen Fremde liegen in der Klageschrift vom 6. December 1864 unbedenklich vor. Soweit die Urkunden, welche die Forderung des Klägers begründeten, dem Stadtgerichte bereits zu den bei ihm verhandelten Vorprozeß Akten übergeben waren, mußte die Bezugnahme darauf mit der Beifügung derselben in anderen Fällen gleichbedeutend sein. Der Wohnsitz der Impetrantin in

Digitized by Google

Frankfurt wie derjenige des Impetraten im damaligen Auslande ergab sich aus der Ueberschrift des Arrestgesuches und in Verbindung damit der Zweck aus dem Inhalte desselben und dem Gesetze, welches in den angeführten Artikeln und Artikel 76 daselbst, die Begründung des Gerichtsstandes als Folgen an die auf solche Gesuche zu erlassenden Arresterkenntnisse knüpft, ohne zu verlangen, daß diese Folgen in dem Gesuche noch besonders ausdrücklich beantragt werden.

Die in die Prozeßvollmacht, welche von dem Anwalte der Impetrantin, Dr. Blum, mit der Klage überreicht worden ist, eingeschriebenen Worte „namentlich auch zum Arrestgesuche auf unsere Gefahr und Kosten" in unserer Rechtssache wider den Herrn M. Berlé in Wiesbaden, genügen auch der Vorschrift des Art. 49. a. a. O.

Demnach kann es dahin gestellt bleiben, ob Impetrat seine Angriffe gegen die Arrestverfügungen vom 7. und 9. December 1864 überhaupt in erster Instanz, wie geschehen, verfolgen und mittels der Appellation gegen das Urtheil in der Hauptsache vom 25. Juni 1866 noch anfechten konnte, anstatt die ihm gegen die Arresterkenntnisse für sich in Art. 62 a. a. O. gestatteten Rechtsmittel zu ergreifen. Jedenfalls waren die Angriffe gegen das Arrestgesuch als solches nach Obigem hinfällig und durch jene Verfügungen der Gerichtsstand für die Hauptsache gemäß dem Frankfurter Prozeßrechte begründet. Dieß reicht hin, die Einrede und jetzige Beschwerde wegen Incompetenz der vorigen Richter zu beseitigen.

Ohne allen Einfluß darauf ist die im Laufe der zweiten Instanz eingetretene Vereinigung der Wohnorte beider Parteien mit dem Königreiche Preußen. Denn ist ein Rechtsstreit bei einem competenten Gerichte anhängig, so muß er auch hier zum Austrage kommen, und selbst die Aufhebung eines Arrestes, wodurch im Prozeß über die Hauptsache bei dem Arrest erkennenden Gerichte zuständiger Weise anhängig geworden ist, würde der Beendigung desselben an dem nämlichen Gerichte nicht entgegenstehen. L. 7. 30. 34. D. de. jud. 5. 1. C. 19. X. de for. comp. 2, 2.

II) Die zweite Beschwerde ist darüber erhoben, daß die Klage nicht wegen Mangels der Activ-Legitimation der Klägerin, insbesondere wegen der Nichtigkeit des notariellen Actes über die Rückzession und

Digitized by Google

Cession der eingeklagten Forderung vom 1. December 1864 und wegen der res judicata hinsichtlich der mit ihrer Simulation fortbestehenden Uebereinkunft der angeblichen Cedentin und der Klägerin von 1859 abgewiesen sei. Insofern Ober-Appellant die Gründe der Vorderrichter für die formelle Gültigkeit des Actes vom 1. Dezember 1864 einer weiteren Kritik nicht unterworfen hat, genügt es hier auf dieselben mit dem Bemerken hinzuweisen, daß die Gesetze damit im Einklange stehen, und die Gegenausführungen des Verklagten hinreichend widerlegt sind. Die jetzige Bezugnahme desselben auf die §. §. 12—16., 41. 42 des Gesetzes vom 11. Juli 1845 ist gänzlich verfehlt, da die Vorschriften derselben bei Aufnahme des genannten Actes vollständig hinsichtlich derjenigen Partei, welche die darin documentirten Erklärungen vor dem Notar abgegeben hat, und allein erschienen war, nämlich der Vertreter der Direction der Disconto-Gesellschaft, beobachtet worden sind und selbstverständlich sich nicht auf eine abwesende Partei beziehen oder dem Notar verbieten, die Erklärungen der erschienenen in Abwesenheit der andern zu beurkunden. Von dieser Formfrage wohl zu unterscheiden sind die Wirkungen, welche die notariell feststehenden einseitigen Erklärungen gedachter Direction für die darin als Mitcontrahentin bezeichnete Klägerin hatten. In dieser Beziehung ist noch zu bemerken, daß die Comparenten erklärten, in Folge des Urtheils über die Simulation der früheren Cession, das durch die Eidesleistung des Verklagten am 30. November purificirt war, hätten die von ihnen vertretene Direction und die Handlung M. S. Sonnemann Nachfolger die dargelegte neue Uebereinkunft abgeschlossen, jene Cession sei hiermit aufgehoben und die Forderung an den Verklagten werde der genannten Handlung neuerdings cedirt.

„Insoweit es rechtlich erforderlich, um die Disconto-Gesellschaft in den vorigen Stand zu setzen und freie Disposition zu gewähren", wurde dabei zwar, der neuen Cession vorgängig, die Forderung an die Direction zurückcedirt, damit aber offenbar nur eine Verwahrung beziehungsweise Cautel gegen eine anderweite Auslegung der erkannten Ungültigkeit der älteren Cession eingelegt, in welcher der vorausgeschickte eigentliche Grund der neuen Cession lag.

Digitized by Google

Die sogenannte Rückcession erscheint hiernach in der That als ein nicht erforderlicher und unerheblicher Nebenpunkt im Inhalte des Actes, ist überdies durch die thatsächliche Annahme der neuen Cession als solcher Seitens der Klägerin in Frankfurt a. M., wo keine bestimmte Förmlichkeiten dafür bestehen, gleichfalls „soweit erforderlich" als geschehen anerkannt und in keiner Beziehung die formelle Gültigkeit des Actes vom 1. December 1864 damit gefährdet worden.

Die Erläuterung, welcher Ober-Appellant jetzt seiner von den vorigen Richtern mit Recht verworfenen exceptio rei judicatae gibt, kann diese offenbar nicht haltbar machen. Die

III) Beschwerde erledigt sich mit der Zurückweisung der ersten und der bestimmten Angabe und Nachweisung des Contocurrent-Abschlusses vom 31. December 1858 ohne Weiteres.

IV) Die Beschwerde wegen der Forderung von 6 Prozent Zinsen seit dem 4. Februar 1864 läßt sich zwar nicht mit der Ober-Appellation dadurch beseitigen, daß Verklagter in den vorigen Instanzen nur eine plus petitio re nicht tempore, vorgebracht habe, da schon in der Vernehmlassung auf die Klage unter V. und VI. 1. der Lauf von 6 Procent Zinsen seit dem 4. Februar 1864 insbesondere bestritten und auch in II. Instanz Beschwerde dagegen erhoben worden ist; allein die Beschwerde ist unbegründet, weil Verklagter den Grund der Forderung der Cedentin aus dem eben erwähnten Abschlusse des Contocorrentes und deren gleichzeitige Fälligkeit nie speciell in Abrede gestellt hat, dieselbe auch in den Vorprozessen durch alle Instanzen anerkannt worden ist und daher der Appellationsrichter aus dem Art. 289 und 291 des Allgemeinen Deutschen Handels-Gesetz-Buchs die Befugniß der Klägerin seit der Gesetzeskraft desselben in Preußen und Nassau, dem 1. März 1862, und um so mehr seit dem 4. Februar 1864 6 Prozent Zinsen zu fordern, mit Recht hergeleitet hat. Die Gründe, welcher Verklagter dagegen in dem angeblichen Mangel einer gehörigen Interpellation finden zu können glaubt, sind nach dem klaren Inhalte dieser Artikel hinfällig.

V) Die Beschwerde wegen Verwerfung der Compensations-Einrede hat in dem erstrichterlichen Erkenntnisse und dem darin bezogenen Revisions-Erkenntnisse vom 10. Februar 1862, welches

Digitized by Google

in den adhibirten Acten des Vorprozesses sich befindet und abschriftlich mit der Gegenerklärung der Klägerin vom 7. September 1865 eingerichtet ist, daher vom Verklagten nicht ignorirt werden kann, ihre vollständige Widerlegung gefunden. Nicht daß die jetzt versuchte Begründung der angeblichen Gegenforderung an Provision allgemeiner gehalten ist, als die frühere, ist an sich der Grund ihrer Zurückweisung, sondern daß weder aus der früheren noch weniger aus der jetzigen Begründung die Forderung sich rechtlich herleiten läßt, die behauptete Vermittelung als Fundament der aufgestellten Forderung nicht dienen kann. — — —

10.

Johann Wilhelm Schäfer, Kläger gegen Elisab. Mäy geb. Ludwig, Beklagte, Erfüllung eines Hauskaufvertrages betreffend.

1) Art. 354, 355 d. a. d. H.-G.-B., welche die Wahl zwischen Erfüllungsklage und Rücktritt vom Geschäfte gewähren, gelten nur für den Handelsverkehr, nicht für andere Verhältnisse, insbesondere nicht für Immobilien.
2) Klage auf Erfüllung purgatio morae: Uebernahme der Hypothek als pars pretii angerechnet.

Es ist dieser Fall bereits in der Rundschau vom Jahre 1867 auf S. 77 — kurz mitgetheilt worden: unter Bezug hierauf ist aus den Entscheidungsgründen des die Klage abweisenden Erkenntnisses des Stadtgerichts I. vom 24. März 1865 noch nachzutragen:

Wenn auch Verträge über unbewegliche Sachen keine Handelsgeschäfte sind (Art. 275 des H.-G.-B.) und demnach nicht gesagt werden kann, daß die Bestimmungen des Art. 354 des H.-G.-B. hier unbedingt zur Anwendung zu kommen hätten, so ist doch nicht zu verkennen, daß auch bei anderen Rechtsgeschäften als bei eigentlichen Handelsgeschäften der Fall vorkommen kann, daß dem einen Contrahenten namentlich an der rechtzeitigen Erfüllung von Seiten des anderen Alles gelegen sein muß; daß bei der mora des Käufers z. B. das Interesse des Verkäufers gerade darin bestehe, von dem Vertrage frei und ledig zu werden und ungehindert über den Gegenstand anderweitig verfügen zu können. In solchen Fällen befolgt schon längst Doctrin und Praxis den namentlich für den Waaren- und Papierhandel geltenden Grundsatz, dem Verkäufer nach

Digitized by Google

gehöriger Mahnung, und Bedrohung des säumigen Käufers den Rücktritt vom Verkaufe zuzugestehen und denselben nicht auf eine ganz zweifelhafte spätere Erfüllung des Käufers zu verweisen; ein Grundsatz, für dessen Anwendung Vieles dem richterlichen Ermessen anheim gegeben bleibt.

Vergl. Souchay Anmerk., Bd. I, pag. 197 flg.
Seuffert, Archiv XIV pag. 123, XVI pag. 25.

Und ein solcher Fall liegt eben hier vor. Die Beklagte beabsichtigte offenbar für die Verwerthung ihres Hauses die günstige Conjunctur für den Häuserverkauf zu benutzen. Bei der fortwährenden Säumigkeit des Käufers und bei dem Umstande, daß es sich immer klarer herausstellte, daß er weder in der Lage sei noch auch in die Lage kommen werde, den Vertrag zu erfüllen, mußte ihr endlich Alles daran gelegen sein, dieses Käufers ledig zu werden; ihr Interesse lag nunmehr nur noch darin, von diesem Verkaufe frei zu sein, und konnte ihr nicht zugemuthet werden, mit dem Vollzug desselben, der auf einen bestimmten längst verstrichenen Termin verabredet war, immer noch länger zu warten, darüber vielleicht die günstigeren Conjuncturen zum Verkaufe zu versäumen und zu riskiren, ob und welche Entschädigung ihr die sehr prekären Vermögensverhältnisse des Klägers für den Fall eines späteren Mindererlöses etwa gewähren würden.

Sodann aus den Entscheidungsgründen des die Beklagte verurtheilenden Erkenntnisses des A.-G. vom 23. October 1865.

Nach gemeinrechtlichen Grundsätzen kann der Verkäufer bei dem Verzug des Käufers nicht unbedingt von dem Kaufgeschäft zurücktreten, er muß vielmehr der Regel gegen den morosen Käufer auf Erfüllung klagen, und ist ihm der Rücktritt von dem Verkauf wegen des Verzugs des Käufers nur unter der Voraussetzung gestattet, daß entweder:

a. der Verkäufer durch das verzögerliche Benehmen des Käufers in eine bedeutende Verlegenheit gesetzt wird, die ihn — z. B. wegen Verderblichkeit der Waare, oder bei Staatspapieren wegen Wandelbarkeit des Börsencourses und der politischen

Digitized by Google

Conjuncturen — nöthigt, über den Gegenstand des Vertrags anderweitig zu verfügen.

Thoel, Handelsrecht, §. 87,

Thoel, Entscheidungsgründe, N: 81,

oder

b. für das Kaufgeschäft eine bestimmte Erfüllungszeit verabredet war und zugleich feststeht, daß die strenge, pünktliche Einhaltung des Zeitpunkts in der Absicht der Contrahenten gelegen hat, sonach die Erfüllung zu einer andern Zeit ganz gegen die schon bei Abschluß des Vertrags obwaltende Absicht der Contrahenten verstoßen würde.

Seuffert, Pandekten, Bd. 2., §. 246, Nta 4,

Souchay, Anmerkungen, Bd. 1., S. 198,

oder

c. für den Verkäufer in Folge des Verzugs des Käufers die Erfüllung des Vertrags jedes Interesse verloren hat.

Entscheidungsgründe z. O.-A.-Ger. Erkenntniß vom 6. Mai 1852 in Sachen Cardini c. Minoprio.

Römer, Sammlg., B. 1., S. 283.

Souchay, a. a. O.

Daß nun die erste Voraussetzung hier nicht zutrifft, bedarf keiner weiteren Ausführung. Die zweite Voraussetzung liegt gleichfalls nicht vor. Denn wenn auch für das fragliche Kaufgeschäft im Interimskaufbrief der 1. Januar 1864 als Erfüllungstag festgesetzt war, so ergeben doch die Akten, daß die Erfüllung auch nach diesem Tag vollkommen statthaft sein sollte. Was endlich die dritte Voraussetzung betrifft, so hat die Beklagte erhebliche Momente, aus welchen zu entnehmen wäre, daß in Folge des Verzugs des Klägers die Erfüllung des Kaufgeschäfts für sie jedes Interesse verloren habe, nirgends angeführt.

Der Art. 354 des H.-G.-B. gestattet freilich dem Verkäufer, insofern der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzug und die Waare noch nicht übergeben ist, selbst wenn es an einer der oben angegebenen Voraussetzungen fehlt, von dem Vertrag abzugehen, da indessen dieser Artikel sich nur auf Handelsgeschäfte bezieht, Ver-

Digitized by Google

träge über unbewegliche Sachen aber nach Art. 275 des H.-G.-B. keine Handelsgeschäfte sind, so kann jener Artikel auf den vorliegenden Fall in keiner Weise Anwendung finden.

Die Gründe zu dem bestätigenden Erkenntnisse des Obertribunals vom 25. Mai 1867 lauten:

Daß gemeinrechtlich bei allen Verträgen die Vertragswidrigkeit der einen Partei der anderen das Recht, ohne Weiteres von dem Vertrage abzugehen, nicht verleiht, daß vielmehr das Recht auf Erfüllung zu klagen die Regel bildet, kann nicht in Zweifel gezogen werden,

l. 8, 9, C. de contrah. emt. (4, 38),

l. 14, C. de rescindenda vend. (4, 44),

l. 2, C. quando liceat ab emtione discedere (4, 45),

ebensowenig aber auch, daß diese Regel Ausnahmen erleidet und daß, wie für alle Vertragsverhältnisse überhaupt, so für den Kaufvertrag insbesondere der Fall eintreten kann, wo durch die Nichterfüllung von der einen Seite für den anderen Contrahenten jedes Interesse an der Erfüllung verloren geht und dadurch die Befugniß zum Rücktritt begründet wird. Der Umfang dieser Befugniß bildet den Gegenstand der zu lösenden Streitfrage. In einer ganz besonderen Weise haben die Bedürfnisse des Waarenverkehrs zu einer Erweiterung derselben durch Doktrin und Praxis nur schließlich dahin geführt, daß auf dem Gebiete des Handelsrechts beim Kaufe die Ausnahme gesetzlich (Art. 354, 355 des deutschen Handelsgesetzbuches) zur Regel erhoben und dem Käufer und Verkäufer beim Verzuge des anderen Contrahenten die Wahl zwischen der Erfüllungsklage und dem Rücktritte gewährt worden ist. Was solchergestalt als Regel für den Handelsverkehr sanctionirt ist, bleibt aber für andere Rechtsverhältnisse immer nur die Ausnahme. Hier bleibt die Klage auf Erfüllung die Regel, bei deren Aufrechthaltung es so lange bewendet, bis bewiesen wird, daß die Erfüllung zu einer bestimmten Zeit in der ausdrücklichen oder stillschweigenden Absicht der Parteien lag, oder in Folge des Verzuges auf der einen Seite für die andere jedes Interesse, auf die Erfüllung zu bestehen, aufgehört hat, —

Digitized by Google

Verhältnisse, für deren Würdigung die Gesetze auf das richterliche Ermessen im konkreten Falle hinweisen.

l. 35, §. 2, D. de v. o. (45, 1)

Von diesem Standpunkte der Beurtheilung aus muß nun aber anerkannt werden, daß die Umstände des vorliegenden Falles nicht so beschaffen sind, daß daraus die Berechtigung der Oberappellantin, sich von dem Kaufvertrage loszusagen, hergeleitet werden könnte.

Wenn in dem Interimskaufbriefe der 1. Januar 1864 als der Zeitpunkt festgesetzt ist, wo der Hauptkaufbrief vollzogen werden und Besitz und Eigenthum auf den Käufer übergehen solle, so ist doch weder nach dem Wortlaute noch nach dem ganzen Zusammenhang der Verhältnisse ein Grund für die Annahme erfindlich, daß der Absicht der Parteien gemäß die Vollziehung nur an dem bestimmten Tage und später nicht mehr habe erfolgen können.

Die Ausführung, daß das Schwanken, dem die Preise der Immobilien um die fragliche Zeit unterworfen gewesen seien, so wie die Mühe, welche bei dem Verzuge des Käufers die Bewahrung des Kaufobjects verursacht habe, einen Grund zum Rücktritte für die Verkäuferin abgegeben habe, beruht auf einer unzulässigen Ausdehnung der für den Waarenhandel geltenden Grundsätze auf ein Verhältniß, auf welches dieselben einer Anwendung nicht empfänglich sind. Zwischen den Schwankungen in dem Werthe von Waaren und Effecten, die einen Markt- oder Börsenpreis haben und den dadurch erzeugten, in dem Handelsrechte als Maßstab der Berechtigung der Parteien anerkannten Interessen und einer etwaigen Veränderung in dem Werthe eines Immobile seit dem Abschlusse des Vertrages besteht keine Analogie, sowie bei einem Immobile auch von der Verlegenheit nicht die Rede sein kann, die dem Verkäufer das Bereithalten einer Waare für Rechnung des Käufers bereitet und an die Handelsgesetze die Befugniß der Verkaufsselbsthülfe knüpfen (Artikel 354 des Handelsgesetzbuches).

Das der Beklagten gesetzlich zustehende Mittel, den etwaigen Verlegenheiten ihrer Lage abzuhelfen, war, ihrerseits auf Erfüllung zu klagen. Ob hierbei, außer den Sicherheiten, die sie im Vertrage sich stipulirt hatte, die Vermögensverhältnisse des Käufers ihr eine

Digitized by Google

bestimmte Aussicht auf Erfolg eröffneten, kann für die Gültigkeit des Kaufgeschäfts und die Aufrechthaltung der dadurch erzeugten persönlichen Verpflichtungen nicht in Betracht kommen.

War aber durch die vorhandene Sachlage der Beklagten ein Recht, sich einseitig von dem Kaufgeschäfte loszusagen, nicht gewährt, so war sie folgeweise zu einer anderweiten Disposition über das Kaufobject nicht befugt und konnte also auch dadurch, daß sie solche vornahm, dem Kläger gegenüber nicht melioris conditionis werden. Die purgatio morae auf Seiten des Klägers konnte daher noch erfolgen. Dieselbe ist auch durch das reale Anerbieten der fl. 5000 bewirkt; da der Klausel des Interims-Kaufvertrages, nach welcher der Käufer die auf der Liegenschaft haftende Hypothek von fl. 20,000 übernehmen soll, nicht der Sinn beizulegen ist, daß dadurch der Käufer sich verpflichtet hat, die Einwilligung der Gläubiger, ihn statt der Verkäuferin auch als ihren persönlichen Schuldner anzunehmen, beizubringen, dieselbe vielmehr dahin zu verstehen ist, daß dem Käufer, in seinem Verhältnisse zur Verkäuferin, die Hypothek von fl. 20,000 als pars pretii angerechnet werden soll, wie dies schon die Fassung besagt:

Die Berichtigung des Kaufpreises erfolgt dadurch, daß
a. der Verkäufer — die Hypothek — übernimmt, während die Beklagte erst in dem späteren von ihr negligirten Projecte die Fassung der betreffenden Klausel dahin geändert hat, daß dem Käufer der Nachweis der Einwilligung der Hypothekgläubiger behufs des fraglichen Eintrittes obliegen solle. — — —

11.

Johann David Storch'sche Descendenten, Kläger gegen das Bankhaus Philipp Nicolaus Schmidt und Consorten, Beklagte, Vertragserfüllung betr.

Kaufpreis bestehend in einer immerwährenden Rente (Tantieme am Reingewinn des verkauften Bergwerks); die (persönliche) Verpflichtung des Käufers ergibt sich aus der Natur der Sache und dem gemeinsamen Interesse beider Contrahenten; Käufer kann, wenn Gewinn nicht zu erzielen, das Werk aufgeben; dolus und culpa nicht begründet; Rechnungsstellung insbesondre durch Gewerksrechnungen.

Digitized by Google

Während das Stadtgericht I. im Erkenntnisse vom 20. October 1865 den Beklagten aufgab:

> über ihren zwölfjährigen Betrieb des Braunkohlenwerks zu Bommersheim, „die Gnade Gottes" genannt, den Klägern ordnungsmäßige Rechnung zu stellen, bei Vermeidung, daß angenommen werden soll, die Bedingung, von deren Eintritt der Anspruch der Kläger auf Rentenbezug abhängig gemacht worden, sei eingetreten, beziehungsweise deren Eintritt durch die Schuld der Beklagten vereitelt;

wieß das Appellationsgericht im Urtheil vom 19. Februar 1866 die Klage ab, da es den Entschädigungsanspruch der Kläger wegen des durch die Einstellung des Bergwerksbetriebs und die Veräußerung der dazu gehörigen Grundstücke vorgeblich *schuldhafter* und *arglistiger* Weise ganz unmöglich gemachten Fälligwerdens der bedungenen Rente nicht für begründet fand. Das Obertribunal bestätigte am 25. Mai 1867 dieses Erkenntniß.

Gründe:

In dem über das Braunkohlenwerk „die Gnade Gottes" unter den 2. resp. 6. und 11. Februar 1830 geschlossenen Kaufvertrage ist als Kaufsumme außer einer Baarzahlung von 6000 Gulden eine immerwährende Rente von drei Pfennigen für jeden Centner Braunkohlen bedungen, welche aus dem Werke würden verkauft werden, nachdem die Käufer aus demselben einen Reingewinn von 32,000 Gulden bezogen haben würden.

Bei Auslegung dieses Vertrages ist auf der einen Seite die Regel anzuerkennen, daß aus einem Kaufvertrage nicht bloß eine dingliche Verbindlichkeit, sondern für den Käufer die *persönliche* Verpflichtung zur Entrichtung des Kaufpreises hervorgeht. Auf der anderen Seite ist aber ebenso wenig zu bezweifeln, daß, insoweit der Kaufpreis in einer immerwährenden Rente besteht, in Betreff der Eigenschaft der dem Käufer obliegenden Verpflichtung, als einer *persönlichen*, *Beschränkungen* eintreten, welche sich aus der Natur der Sache ergeben, und wegen welcher daher ein stillschweigendes Uebereinkommen der Contrahenten anzunehmen ist. Allein

Digitized by Google

eine Aufhebung der persönlichen Verpflichtung der Käufer in der Art, daß dieselben zu allen Handlungen berechtigt wären, welche ein bloß dinglich verpflichteter Dritter vornehmen darf, kann als im Sinne des geschlossenen Vertrages liegend, nicht angesehen, es kann insbesondere nicht angenommen werden, daß die Käufer ohne einen sachlichen Grund, bloß deßhalb, weil es ihnen also beliebte, den Betrieb des Bergwerkes sollten aufgeben, hierdurch den Verlust desselben herbeiführen und sich auf diese Weise von der Rentverpflichtung sollten befreien dürfen. Es ist vielmehr als ein der Natur der Sache entsprechendes stillschweigendes Uebereinkommen der Contrahenten anzusehen, daß das Bergwerk, bei dessen Betreibung die Käufer nicht minder, wie die Verkäufer interessirt waren, in der Weise und so lange betrieben werden sollte, als das gemeinsame Interesse dies erforderte und zuließ. Darnach erscheinen die Käufer als berechtigt, den Betrieb aufzugeben, wenn, einer zweckentsprechenden Führung ungeachtet, die Fortsetzung desselben eine Aussicht auf Gewinn nicht gewährte. Es kann sich daher nur noch fragen, ob die Käufer, welche nach einem zwölfjährigen Betriebe denselben eingestellt haben, weil ein Gewinn nicht zu erzielen gewesen sei, verpflichtet sind, den Verkäufern Rechnung zu legen, und zwar zunächst zu dem Ende, um die erfolgte Einstellung zu rechtfertigen. In dieser Beziehung kommt in Betracht, daß der Vertrag im §. 2 folgende Bestimmung enthält:

> die immerwährende Rente fängt an, wenn der kaufende Theil aus dem Braunkohlenwerke den Betrag von fl. 32,000 schreibe zwei und dreißig Tausend Gulden im vier und zwanzig Guldenfuß durch Verkauf von Braunkohlen, abzüglich der Zinsen und Verwaltungs- und Betriebskosten, also rein, herausgezogen hat, nach Ausweis der Gewerksrechnungen.

Hinsichtlich der Berechnung der reinen Ausbeute ist übereingekommen, daß solche sich außer den allgemeinen Rechtsgrundsätzen auch noch auf die besondere Bestimmung gründen soll, daß bei allen vom Werke außer dem effectiven Verkauf abgegeben werdenden Kohlen und welche als verkauft zu betrachten sind, der landläufige allgemeine Preis auf dem Bommersheimer Werke oder der Durchschnitt des

Digitized by Google

landesläufigen Preises auf den Kohlenwerken in einer Entfernung von zwei Stunden als Verkaufs-Ertrag dieser Kohlen angenommen werden soll. —

Wenn schon im Allgemeinen die Wahrscheinlichkeit nicht dafür spricht, daß die Käufer sich hätten verpflichten wollen, außer denjenigen Rechnungen, welche die Bergbautreibenden nach den damals in dem ehemaligen Herzogthum Nassau geltend gewesenen Vorschriften an die Bergbehörde einzureichen hatten, den eventuellen Rentberechtigten selbst vor dem Eintritt der Rentzahlungspflicht eine besondere Rechnung zu legen, so läßt die vorstehende Vertragsclausel einen Zweifel darüber nicht zu, daß jedenfalls für die Beurtheilung, ob die Bedingung der Rentzahlung eingetreten sei, die Gewerksrechnungen die Grundlage bilden sollten. Die Stipulation wegen der Berechnung der reinen Ausbeute erregt in dieser Beziehung keine Bedenken. Denn wenn diese Verabredung von demjenigen, was bei Aufstellung der Gewerksrechnungen beobachtet wird, etwa abweichen möchte, so würde hierin nur eine Modification, nicht eine Aufhebung jener Grundlage zu erkennen sein. Wenn, wie Kläger behaupten, die Gewerksrechnungen stets unrichtig aufgestellt wurden, namentlich durch zu geringe Angabe der Quantität und des Werths der Producte, so hätte dies für die Verkäufer ein Grund sein können, von einer Bezugnahme auf die Gewerksrechnungen abzusehen. Nachdem aber diese vertragsmäßig zur Grundlage genommen sind, reicht die allgemeine Behauptung der Unrichtigkeit derartiger Rechnungen nicht aus; vielmehr wäre es Sache der Kläger gewesen, gegen diejenigen Gewerksrechnungen, welche die Verklagten der Bergbehörde eingereicht haben, ihre Erinnerungen zu machen, und sofern sie es vermocht hätten, den Nachweis zu liefern, daß dieselben den Voraussetzungen des Vertrages nicht entsprächen, und daß daher von den Verklagten eine andere Rechnung aufgestellt werden müsse. Die Führung eines solchen Nachweises haben Kläger nicht versucht.

Wenn aber Verklagte zu einer Rechnungsstellung nicht ohne Weiteres durch den Vertrag verpflichtet, und schloß dieser auch ein Aufgeben des Bergwerks für den Fall nicht aus, wo eine fortgesetzte Betreibung desselben eine Aussicht auf Gewinn nicht gewährte,

Digitized by Google

so lag es den Klägern ob, darzuthun, daß eine solche Aussicht allerdings vorhanden gewesen sei und daß daher den Verklagten Verschuldung oder Arglist zur Last fiel, wenn sie gleichwohl den Betrieb einstellten und das Bergwerk ins Freie fallen ließen. Kläger haben nun zwar den Beklagten Verschuldung und Arglist vorgeworfen, sie gehen aber dabei von der irrigen Voraussetzung aus, daß Beklagte vertragsmäßig unbedingt verpflichtet gewesen seien, den Betrieb fortzusetzen und ihnen Rechnung zu legen. Die Behauptung, daß selbst wenn diese Verpflichtung nicht bestehe, den Beklagten dolus oder culpa zur Last falle, haben, wie dies in dem Appellationsurtheile des Näheren ausgeführt ist, Kläger zu begründen nicht vermocht.

Die Behauptung, daß Verklagte im Jahre 1861 durch eine Erklärung bei der Bergbehörde ohne Angabe von Gründen die Grube aufgegeben hätten, steht beweislos da, und es fällt damit die auf dieselbe gestützte Vermuthung weg, daß das Aufgeben des Bergwerks in der Absicht geschehen sei, um die Kläger um die Reute zu bringen, ganz abgesehen davon, daß Verklagte sich selbst am meisten beschädigt haben würden, wenn sie, der Aussicht auf Gewinn ungeachtet, sich des Eigenthums des Bergwerks entschlagen hätten.

Die Bezugnahme auf §. 79 der Nassauischen Bergordnung vom 18. Februar 1857, welchem zufolge ein Bergwerk bei Verlust des Eigenthums an demselben nicht ohne Erlaubniß der Bergbehörde außer Betrieb gesetzt werden darf, verliert ihre rechtliche Bedeutung dadurch, daß, wie ausgeführt worden, unter den vorliegenden Umständen eine Verpflichtung der Verklagten, das Bergwerk nicht ins Freie fallen zu lassen, den Klägern gegenüber nicht bestand.

Kläger erblicken endlich eine Verschuldung des Verklagten noch darin, daß dieselben durch Nichtbeachtung der Bestimmungen des §. 75 der Berg-Ordnung die Kläger um das dem dinglich Berechtigten zustehende Vorzugsrecht auf Verleihung des Bergwerkseigenthums gebracht hätten. Allein da, wie bereits bemerkt, nicht feststeht, daß Verklagte eine Erklärung, die Grube auflassen zu wollen, abgegeben haben, so kommt der §. 75 der Berg-Ordnung nicht unmittelbar zur Anwendung. Nun dehnt zwar der §. 82 auch auf den Fall des §. 79 die Bestimmungen aus, welche in Ansehung der dinglichen

Digitized by Google

Rechte im §. 75 enthalten sind. Allein das Verfahren, welches nach diesen Paragraphen stattfinden soll, ist den Bergbehörden, nicht dem Bergwerkseigenthümer vorgeschrieben; für dessen etwaige Unterlassung ist daher auch nicht dieser verantwortlich.

Hiernach steht den Klägern ein Recht auf Rechnungslegung sowenig, als auf Entschädigung zu und es erscheinen sämmtliche Beschwerden des Ober-Appellanten als ungerechtfertigt, ohne daß es eines Eingehens auf die sonstigen Einwendungen des Ober-Appellaten bedarf. — — —

12.

H. Loh, Kläger gegen M. Löffler, Beklagten, Forderung betr.

Der Abschluß eines Bauübernahmvertrags aus den Thatsachen gefolgert: Schriftlichkeit nicht erforderlich. Daß ein Theil während der Arbeit die Abfassung eines schriftlichen Vertrags verlangt, widerspricht nicht der Existenz eines mündlichen Vertrags. Rücktritt vom Vertrage, wenn der eine Contrahent unfähig zur Erfüllung ist: Beweis der Unfähigkeit nur unter Beibringung concludenter Thatsachen zu führen.

Gründe zum Urtheil des Ober-Tribunals vom 28. Mai 1867.

— — — Was nun zunächst das Gravamen II betrifft, so zerfällt dasselbe in 2 Theile, indem der Verklagte sich zunächst darüber beschwert, daß, seines Leugnens ungeachtet, die beiden Vorderrichter als erwiesen angenommen haben, daß zwischen ihm und dem Kläger ein bindender Vertrag dahin zu Stande gekommen sei, daß letzterer für die Anschlagssumme von fl. 14,200 die Ausführung der sämmtlichen Grab- und Maurerarbeiten an dem Neubau des Verklagten von letzterem übertragen erhalten habe, — sodann aber andern Theils behauptet, er sei dadurch in seinen Rechten verletzt, daß er nicht zum Beweis seines Einwands, daß er wegen Unfähigkeit des Klägers als Baumeister zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt gewesen, von den Vorderrichtern zugelassen worden sei.

Anlangend den ersten Theil der Beschwerde, so ist es zwar richtig, daß der Verklagte in seiner Exceptionsschrift geleugnet hat, mit dem Kläger einen Akkord oder eine bindende Absprache über die

Digitized by Google

Fertigung der fg. Arbeiten getroffen zu haben; er legt dabei vorzugsweise das Gewicht darauf, daß die Kosten für jedes Haus und sogar für jedes Stockwerk derselben besonders berechnet gewesen und daß Kläger kein Schriftstück über den abgeschlossenen Vertrag vorzulegen im Stande sei; indessen räumt er dabei ausdrücklich ein, daß er den Kläger zur Aufstellung des Kostenanschlags aufgefordert, daß dieser einen solchen geliefert, daß er, der Verklagte, denselben genehmigt, und daß er nun den Kläger mit dem Beginn der Arbeit beauftragt habe, welche letzterer unbestritten vom Monat August bis December fortgesetzt, und sie dann nach den unter den Parteien ausgebrochenen Differenzen auf Geheiß des Verklagten eingestellt hat. Unter diesen Umständen ist der Ansicht der Vorderrichter, daß aus den eingestandenen Thatsachen mit Nothwendigkeit auf einen unter den Parteien zu Stande gekommenen, wenn auch nur mündlichen, Vertrag über die Herstellung der sämmtlichen Grab- und Maurerarbeiten an dem Neubau des Verklagten geschlossen werden müsse, lediglich beizutreten. Denn dasjenige, worauf Verklagter Gewicht gelegt hatte, ist völlig unerheblich, da eines Theils der Mangel eines schriftlichen Accords der Rechtsbeständigkeit eines mündlich zu Stande gekommenen definitiven Vertrags keinen Abbruch thun kann, und da anderen Theils die specielle Kostenberechnung für jeden einzelnen Theil des Neubaus in der Natur eines detaillirten Kostenanschlags von selbst liegt. Dagegen sind die zugestandenen Thatsachen, die für das Zustandekommen einer bindenden Absprache sprechen, von unzweifelhafter Concludenz. Denn nach den eigenen Angaben des Verklagten hatte sich der Kostenanschlag, den er sich vom Kläger hatte aufstellen lassen, über die sämmtlichen Maurer- und Grab-Arbeiten an dem ganzen Neubau erstreckt, und wenn daher der Verklagte, nach Genehmigung dieses Voranschlags und auf Grund desselben den Kläger mit Anfertigung des veranschlagten Werkes beauftragte, so konnte dies eben keinen anderen Sinn haben, als daß er dem Kläger die sämmtlichen betreffenden für den vereinbarten Preis übertragen hat, und Kläger verpflichtete sich seiner Seits durch die begonnene und während des Laufs mehrerer Monate festgesetzte Arbeit das ganze Werk für den vereinbarten Kostenanschlag herzustellen. Anders würde allerdings

Digitized by Google

das Verhältniß sich gestaltet haben, wenn der eine oder der andere, oder beide Theile sich ausdrücklich vorbehalten hätten, nach der Anfertigung bestimmter Theile des Werks von dem Vertrag wieder zurückzutreten; allein eine solche besondere Nebenabrede ist von keinem der streitenden Theile behauptet worden. An dieser Lage der Sache konnte auch der Umstand nichts ändern, daß Kläger bei der Fundamentirung des einen Hauses auf Schwierigkeiten stieß, die aus der Bodenbeschaffenheit herrührten und die weitere Arbeiten und Auslagen nöthig machten, welche in dem Voranschlag nicht hatten vorgesehen werden können, und welche daher auch, neben dem Kostenanschlag, besonders berechnet und vergütet werden mußten. Unter diesen Umständen bedurfte es keines weiteren Beweises über den Abschluß des Vertrages, und die Vorderrichter haben dadurch, daß sie auf Grund der Geständnisse des Verklagten über die beregten Thatsachen den Beweis eines bindenden Vertrags als geführt angenommen haben, gegen die Regeln des Prozesses nicht verstoßen. Hätte der Verklagte anderweite Thatsachen anzuführen gehabt, welche zu einer entgegengesetzten Schlußfolgerung hätten berechtigen können, so wäre es an ihm gewesen, dieselben bei seiner Vernehmlassung vorzutragen, dies ist aber nicht geschehen und den Vorderrichtern läßt sich daraus kein Vorwurf machen, daß sie das Sachverhältniß, als durch die gegenseitigen Auslassungen der Parteien genügend aufgeklärt erachteten, und als zur Entscheidung reif erkannten. Ueberdies würde aber auch die in dieser Instanz hervorgehobene Behauptung des Verklagten, als habe Kläger noch im Lauf der bereits begonnenen Arbeit die Errichtung eines förmlichen Accordes gefordert, an der Entscheidung der Sache nichts haben ändern können, da es sich mit der Annahme der Existenz eines verbindlichen Vertrages recht gut verträgt, daß der eine der Contrahenten auch noch die Errichtung eines schriftlichen Documentes über den bereits mündlich vereinbarten Accord verlangt. Es kann daher lediglich dahin gestellt bleiben, ob es zulässig wär, die in zweiter Instanz auf Abweisung der klägerischen Entschädigungsforderung gerichtete Beschwerde in dieser Instanz, auf Zulassung des Verklagten zum Gegenbeweis in Betreff eines definitiven Accordes zu beschränken.

Digitized by Google

Was sodann die eventuell vom Verklagten vorgeschützte Einrede angeht, daß er nämlich wegen Unfähigkeit des Klägers als Baumeister vom Vertrag mit demselben zurückzutreten berechtigt gewesen sei, so lag dem Verklagten als Excipienten vor allen Dingen der Beweis der gedachten von ihm behaupteten Unfähigkeit ob. Nach der Natur der Sache konnte dieser Beweis nur unter Beibringung concludenter Thatsachen geführt werden. Es ist nun aber auch darin der Ansicht der beiden Vorderrichter lediglich beizutreten, daß es der Verklagte an der Aufstellung solcher schlüssigen Thatsachen hat fehlen lassen. Die in der Vernehmlassung des Verklagten zerstreut hingeworfenen Behauptungen gehen im Wesentlichen dahin, daß Kläger von Anfang August bis Ende December 1863 an der Errichtung des ersten Fundamentes gebaut habe, — daß er keinen tüchtigen Parlier angestellt habe, — daß er kein genügendes Material, namentlich an Rüstholz und Bausteinen gehabt, — daß er in Geldverlegenheiten gewesen und die Bausteine und seine Arbeiter nicht rechtzeitig habe bezahlen können, — endlich daß er die ihm abgeforderte Rechnung über seine Arbeiten und Auslagen erst nach mehrmaliger Anforderung aufgestellt und übergeben habe. Nun ist es aber von selbst klar, daß aus dem Umstand allein, daß an dem fraglichen Fundamente 5 Monate gearbeitet wurde, noch nicht auf die Unfähigkeit des Baumeisters geschlossen werden kann, besonders wenn man in Betracht zieht, daß dieser mit großen Schwierigkeiten, die in der Beschaffenheit des Bodens lagen, zu kämpfen hatte, und welche Schwierigkeiten von solcher Erheblichkeit waren, daß der Verklagte selbst sich bereit erklärte, das Dreifache an Kosten eines gewöhnlichen Fundamentbaues zahlen zu wollen. Nur dann hätte jene Anführung von Erheblichkeit sein können, wenn Verklagter im Stande gewesen wäre, darzuthun, daß Kläger in einer, sei es contractlich oder durch Gebrauch bestimmten, kürzeren Frist und ungeachtet der eingetretenen Schwierigkeiten den Fundamentbau habe herstellen können, oder daß die Arbeit, sei es aus Mangel an Arbeitskräften, sei es aus Mangel an dem erforderlichen Material, zeitweise geruht oder in's Stocken gerathen sei, oder daß Kläger einer Aufforderung zur Fortsetzung oder Beschleunigung der Arbeit aus nichtigen Gründen keine Folge

Digitized by Google

gegeben habe. Von solchen oder ähnlichen Artikulationen findet sich aber in den Auslassungen des Verklagten keine Spur, so daß die aus diesem Grunde von ihm behauptete Unfähigkeit des Klägers sich als ein mit nichts motivirtes Urtheil darstellt, nicht aber als eine zum Beweisverfahren geeignete Thatsache.

Ebenso verhält es sich mit dem angeblichen Mangel eines tüchtigen Parliers; denn hätte diese Anführung des Verklagten concludent sein sollen, so mußten Thatumstände angeführt werden, welche zeigten, daß wegen der Abwesenheit des Parliers die Arbeiten ins Stocken gerathen oder sonstige Ungehörigkeiten vorgekommen seien, was nicht geschehen ist. Nicht minder vage ist die Behauptung, daß es dem Kläger an dem erforderlichen Material gefehlt habe, denn es wird nicht aufgestellt, daß zu irgend einer Zeit wegen Mangels an Rüstholz, Bausteinen oder dergleichen die Arbeit habe ausgesetzt oder verschoben werden müssen, und in gleicher Weise verhält es sich mit der Behauptung, daß Kläger öfter in Geldverlegenheit gewesen sei. Abgesehen von der Erwiederung des Klägers, daß Verklagter nicht rechtzeitig die bedungenen Abschlagszahlungen geleistet habe, so ist von letzterem nicht behauptet, daß die Bausteine zu irgend einer Zeit, in welcher man ihrer bedurft, nicht angekauft worden seien, oder daß die angeblich nicht rechtzeitig bezahlten Arbeiter deßhalb außer Arbeit getreten seien. Wenn endlich Verklagter dem Kläger zum Vorwurf macht, daß er nach beendigter Fundament-Arbeit seine Kosten- und Auslagen-Rechnung dem Verklagten nicht sogleich auf erstes Anfordern übergeben habe, so ist überhaupt nicht abzusehen, wie hieraus eine Unfähigkeit des Klägers als Maurermeister sollte geschlossen werden können. Hiernach eigneten sich die sämmtlichen Anführungen des Verklagten nicht dazu, um denselben zu deren Beweis zuzulassen, und die wiederholte Anführung aller dieser Umstände in der Oberappellations-Rechtfertigungsschrift kann zur Widerlegung der Ansicht der Vorderrichter nicht führen. Wenn der Verklagte der Meinung ist, daß die Beweislast unrichtig vertheilt worden sei, so beruht dies auf einem Irrthum, da, wie bemerkt, der Verklagte den von ihm erhobenen Einwand zu erweisen hatte, und da Kläger nur dann in die Lage hätte kommen können, die durch die Bodenbe-

Digitized by Google

schaffenheit veranlaßten Schwierigkeiten genauer darzuthun, wenn ein erheblicher Beweis Seitens des Verklagten angetreten gewesen wäre.

Anlangend sodann

das Gravamen III., so hängt der als Gegenforderung aufgestellte Entschädigungsanspruch des Verklagten wesentlich mit dem so eben erwähnten eventuellen Einwand desselben zusammen. Zur Begründung dieser Gegenforderung wäre der Beweis erforderlich gewesen, daß der Verklagte durch die Verzögerung des Fundament-Baues und zwar durch eine vom Kläger verschuldete Verzögerung einen Schaden erlitten habe, ferner daß diese Verzögerung eine um 6 Monate verspätete Vollendung des Neubaues zur Folge gehabt habe, und daß endlich in Folge dieser Verspätung ein, sich auf fl. 1000 zu berechnender Nachtheil insofern entstanden sei, als Verklagter verhindert gewesen, von seinen Gebäuden durch Vermiethung Nutzen zu ziehen. Nun finden sich aber in der Vernehmlassung des Verklagten in erster Instanz in Betreff eines dem Kläger zu imputirenden Verschuldens keine weiteren Artikulationen, als diejenigen, welche zur Begründung des eventuellen Einwandes der Unfähigkeit des Klägers als Baumeister aufgestellt worden sind, und eben diese Artikulationen werden in der Oberappellations-Einführungsschrift lediglich reproducirt. Bei der Prüfung der vorigen Beschwerde ist jedoch des Näheren ausgeführt, daß und warum diese Artikulationen nur als vage Behauptungen und als bloße Urtheile, denen es an jeder stichhaltigen Motivirung fehlt, zu betrachten sind, und daß sie nicht als concludente, eine Entscheidung im Sinne des Verklagten begründende, Thatsachen zum Beweis gestellt werden konnten. Dasselbe ist aber auch bei diesen Artikulationen der Fall, sofern sie dazu dienen sollen, ein imputables Verschulden des Klägers bei der angeblichen Verzögerung des Fundament-Baues darzuthun. Es gebricht also der Entschädigungsforderung des Verklagten an der ersten Bedingung ihrer Begründung, und es kommt daher nicht einmal darauf an, daß auf die übrigen oben angegebenen Erfordernisse zur Begründung des Anspruchs so mangelhaft artikulirt sind, — wie die Vorderrichter mit Recht annehmen, — daß die Anordnung eines Beweisverfahrens zu Nichts würde führen können. Verklagter ist daher auch durch

Digitized by Google

die Abweisung seiner Entschädigungsforderung in keiner Weise beschwert, und es mußte daher die eingelegte Oberappellation als ungerechtfertigt, unter Bestätigung des Bescheides des Vorderrichters zurückgewiesen werden.

13.

Johannes Leonhardt, Kläger gegen Maurermeister Hänsel, Beklagten, Forderung betreffend.

Die dem Aquilinischen Gesetze nachgebildete actio in factum auf Schadensersatz, setzt ein Verschulden des Beklagten voraus, sei es ein persönliches oder derjenigen Personen, für welche er als Dienstherr und Mandant einstehen muß; sie setzt ferner voraus, daß ein Contractsverhältniß zwischen dem Beschädigten und dem Beschädiger nicht besteht. — Adjunction der Untersuchungs-Acten verworfen, da deren Ergebniß civilrechtlichen Streitigkeiten nicht präjudicirt.

Das Stadtgericht I. ging im Erkenntnisse vom 16. Januar 1865 von folgenden Erwägungen aus:

In der Sache selbst steht zur Zeit so viel fest, daß der Sohn des Klägers, während er als Geselle des Beklagten auf dem Gerüste eines Baues desselben beschäftigt war, herunterfiel und dabei verunglückte, sowie, daß der alimentenbedürftige Kläger von seinem verunglückten Sohne Alimente erhalten hatte und auch ferner in Anspruch zu nehmen berechtigt gewesen wäre. Dagegen ist es bestritten, ob der Tod des Letzteren in Folge einer den Beklagten treffenden Schuld, durch einen Zufall oder durch Schuld des Verunglückten selbst eingetreten sei, sowie nicht minder, bis zu welcher Höhe eintretenden Falles die Alimente zuzusprechen sein würden.

Es fragt sich nun, ob dem kraft eigenen Rechtes und nicht als Erben seines verunglückten Sohnes auftretenden Klägers überhaupt ein Klagrecht zustehe, und dies muß nach den Grundsätzen des Aquilinischen Gesetzes, wie es sich in unserer Praxis ausgebildet hat, allerdings in so ferne bejaht werden, als den Beklagten die Schuld an dem Unglücksfalle trifft.

Glück, Commentar, Bd. 10, pag. 341, 375.

Thibaut, System, 7. Ausgabe, §. 964.

Erkenntniß des Ober-Appellations-Gerichts in Sachen: Föhrenbach c. Hanauer Eisenbahn vom 20. Juli 1861. Vereinssammlung II, S. 171.

Digitized by Google

Eine Verschuldung des Beklagten müßte aber angenommen werden, wenn sich das Unglück in Folge mangelhafter Einrichtung des Gerüstes ereignet hätte. Denn wenn auch dieses Gerüst ohne seine persönliche Mitwirkung nur lediglich durch von ihm dazu bevollmächtigte Personen errichtet wurde, und nach einer in der Rechtsprechung vielfach angenommenen Ansicht der Geschäftherr Dritten gegenüber, mit welchen er in einem contraktlichen Verhältnisse nicht steht, für die culposen Handlungen seiner Leute nur in dem von dem Kläger bezüglich des Beklagten gar nicht behaupteten Falle einzustehen hat, wenn ihm eine culpa in eligendo zur Last fällt, so muß doch hier in Betracht gezogen werden, daß es sich bei Aufführung des Gerüstes um Sicherung der Gesundheit und des Lebens von Menschen handelte, welche dasselbe für den Beklagten zu besteigen hatten, und daß daher eines Theils eine Verschuldung seiner Seits schon darin gefunden werden müßte, weil er nicht zu wiedersprechen vermochte, das Gerüst nicht untersuchte, bevor er es besteigen ließ, und anderen Theils zu einer analogen Anwendung der actio exercitoria in gleicher Weise Veranlassung geboten ist, wie sie von dem Oberappellations-Gericht zu Lübeck in dem angeführten Erkenntnisse in Bezug auf die Haftung der Eisenbahnverwaltungen für ihre Beamten gefunden wurde.

Dem Kläger ist daher der Beweis der den Klaggrund bildenden Thatsache, daß sein Sohn in Folge mangelhafter Einrichtung des Gerüstes verunglückt sei, aufzugeben, indem es dem Beweisverfahren anheimgegeben bleiben muß, diejenigen Verhältnisse zu constatiren, welche die Mängel des Gerüstes darthun würden.

Dem Beklagten muß aber der Beweis der eine wirksame Replik bildenden Behauptung vorbehalten bleiben, daß nach allgemeiner Uebung die Gesellen, welche auf dem Gerüste arbeiten, dasselbe zu überwachen und, bevor sie es besteigen, dessen Festigkeit und Tragkraft für Arbeiter und Material zu prüfen und etwa nöthige Reparatur zu besorgen haben.

Was nun die Höhe der eventuell zu leistenden Entschädigung betrifft, so ist zu berücksichtigen, daß der wenn auch nach [2] und [5] act. arme Kläger doch nicht ganz arbeitsunfähig ist und auch noch

Digitized by Google

ein mit nur einer Schuldenlast von fl. 240. — beschwertes Häuschen besitzt, andern Theils aber der Verdienst seines Sohnes durch dessen andauernde Gesundheit bedingt gewesen wäre, Letzterer auch durch Gründung einer Familie ganz außer Stand hätte gesetzt werden können, seinem Vater Alimente abzugeben. Unter diesen Umständen würde es sich als angemessen erweisen, die dem Kläger lebenslänglich zuzusprechende Rente auf fl. 1. 24 kr. per Woche zu bestimmen.

Das Appellationsgericht bestätigte am 15. Mai 1865 dieses Erkenntniß, indem es den Entscheidungsgründen des Stadtgerichts beifügte:

Wenn freilich das Stadtgericht in den Entscheidungsgründen zu seinem Erkenntniß von der Ansicht ausgeht, daß, insofern die zum Beweis verstellte Thatsache richtig ist, ein Verschulden des Beklagten vorliege, indem es derselbe, was er nicht bestreitet, bevor er das Gerüst besteigen ließ, unterlassen habe, zu untersuchen, ob dasselbe haltbar sei, so kann dieser Ansicht nicht beigetreten werden. Denn es kann unmöglich einem Maurermeister zugemuthet werden, jedesmal, bevor ein Gerüst, welches zur Ausführung eines Baues errichtet worden ist, benutzt wird, selbst eine genaue Untersuchung darüber anzustellen, ob dasselbe in allen seinen Theilen fest und solid construirt ist. Der Meister darf eine solche Prüfung unbedenklich seinem Parlier überlassen. — —

Für die nachtheiligen Folgen dieses dem Parlier u. s. w. bei der Ausübung ihrer Dienstverrichtungen zur Last fallendes Verschuldens ist aber der Beklagte, als deren Dienstherr, unzweifelhaft verantwortlich,

l. 25, §. 7, Dig. locati 19, 2.
Ihering in Ihering und Gerber, Jahrbücher für die Dogmatik, Bd. 4, S. 84 u. 85.
Seuffert, Archiv, Bd. 14, N: 36,

und ist somit, die Erbringung des gedachten Beweises vorausgesetzt, der Alimentenanspruch des Klägers begründet.

Aus diesem Grund, und da bei einer Entschädigungsforderung ex lege aquilia ob damnum injuria datum die culpa und injuria,

Digitized by Google

weil die eigentliche causa debendi bildend, von demjenigen zu beweisen ist, der darauf Schadenersatzansprüche gründet,

Erkenntniß des Ober-Appellations-Gerichts vom 20. Juli 1861 in Sachen Föhrenbach c. Hanauer Eisenbahngesellschaft

muß die mehrerwähnte Beweisauflage aufrecht erhalten werden und ist die eventuell ausgesprochene Verurtheilung des Beklagten zur Leistung eines Alimentenbetrags an den Kläger gerechtfertigt.

Das Ober-Tribunal bestätigte am 4. Juni 1867.

Aus den Gründen des Ober-Tribunals.

Es kann zunächst dahingestellt bleiben, ob das gegenwärtige Rechtsmittel, in sofern es auch gegen einzelne, bloße Entscheidungsgründe des vorigen Richters gerichtet ist, als zulässig betrachtet werden kann, da jedenfalls die Ansicht des Appellations-Richters, „daß das Unterlassen der Untersuchung des Gerüstes durch den Verklagten, bevor er es besteigen ließ, ihm noch nicht als ein Verschulden angerechnet werden könne", den Kläger nicht beschwert. Die gegenwärtige Klage ist eine dem Aquilischen Gesetz nachgebildete actio in factum, die zu ihrer Begründung ein Verschulden, durch welches der Schaden entstanden ist, voraussetzt, mag nun dieses Verschulden in einer persönlichen Handlung des Verklagten, oder derjenigen Personen, deren er sich zur Erbauung des Gerüstes bedient hat, und für deren Handlungen oder Unterlassungen er als Dienstherr und Mandant einzustehen hat, zu finden sein. Hat nun Verklagter in dem Vertrauen auf die Tüchtigkeit und Zuverlässigkeit der von ihm zum Bau des Gerüstes verwendeten Arbeiter die Untersuchung des Letzteren unterlassen, so mag darin allein ein Verschulden noch nicht gefunden werden können; ergibt aber das Beweisverfahren, daß die Arbeiter trotz des in sie gesetzten Vertrauens das Gerüst so mangelhaft und unhaltbar ausgeführt haben, daß hierdurch beim Gebrauch desselben das Unglück herbeigeführt wurde, so hat der Verklagte als Dienstherr für dieses Verschulden seiner Dienstleute einzustehen.

Anlangend sodann den Antrag des Ober-Appellaten auf Adjunction der gegen ihn bei dem Polizeigericht und dem Untersuchungs-

Digitized by Google

richter verhandelten Acten, so kann diesem Antrag schon um deswillen nicht stattgegeben werden, weil eines Theils nicht konstatirt, welche specielle Verhandlungen der Verklagte aus jenen Acten für sich anrufen zu können glaubt, und weil andern Theils die im Untersuchungsverfahren ergangenen gerichtlichen Maßnahmen, besonders wenn, wie hier nicht einmal definitive gerichtliche Entscheidungen ergangen sind, für civilrechtliche Streitigkeiten nicht präjudiciren können, noch weniger aber einer nochmaligen Vernehmung der als Zeugen dort verhörten Personen entgegenstehen.

Was hiernächst die im Wege der Adhäsion von Seiten des Ober-Appellaten aufgestellten Beschwerden angeht, so erscheinen dieselben, — die Zulässigkeit der Adhäsion unterstellt, — ebenfalls nicht begründet.

Denn ad I., wenn Verklagter zunächst sich über das dem Kläger aufgegebene Beweisthema beschweren zu können glaubt, und dies in den Satz:

> daß Klägers Sohn in Folge einer Verschuldung des Verklagten verunglückt sei,

umgewandelt wissen will, so entbehrt dieses Begehren der gesetzlichen Rechtfertigung. Es ist bereits oben der Natur der hier in Rede stehenden Klage als einer dem Aquilischen Gesetz nachgebildeten actio in factum Erwähnung geschehen; diese Klagen setzen gerade voraus, daß zwischen dem Beschädigten und dem Beschädiger ein Kontraktsverhältniß nicht besteht, sondern daß der widerrechtlich zugefügte Schaden aus einer vom Verklagten zu vertretenden Handlung hervorgegangen ist. Hierbei ist es gleichgültig, ob die Handlung von dem Verklagten persönlich oder in seinem Auftrag von dritten Personen, für die er einzustehen hat, vorgenommen worden ist. Von einer dem Verklagten nachzuweisenden culpa in eligendo könne nur dann die Rede sein, wenn die beschädigende Handlung ihrer Beschaffenheit nach von dem Verklagten nicht in Person, sondern nur durch dritte Mittelspersonen hätte ausgeführt werden können, für deren Versehen er nur in dem Fall einzustehen gehabt hätte, wenn er in deren Auswahl unvorsichtig gewesen ist. So liegt aber der gegenwärtige Fall nicht; der Verklagte hatte für das Gerüst, auf welchem seine Gesellen zu arbeiten hatten, zu sorgen, es stand nichts entgegen, daß er

Digitized by Google

das Gerüst selbst construirte, und dessen sorgfältigen Bau überwachte; that er dies nicht, sei es aus Mangel an Zeit oder aus sonstigen Gründen, und übertrug er dies Geschäft seinem Parlier und seinen Gesellen, wie er behauptet hat, so mußte er als Dienstherr für diese seine Diener einstehen, und er muß die Folgen übernehmen, wenn durch deren Verschulden der Unglücksfall herbeigeführt worden ist. Wenn hierbei der erste Richter noch besonders die große Gefahr für das Leben und die Gesundheit der Arbeiter hervorgehoben hat, so ändert dies zwar nichts am Princip, bezeichnet aber die allerdings in Betracht kommende Nothwendigkeit der Anwendung einer vorzüglichen Vorsicht bei Errichtung solcher Gerüste, deren Gebrauch die Gefahr eines eintretenden erheblichen Unglücksfalls voraussehen ließ.

Ad III. Zunächst ist es ein Irrthum, wenn Verklagter meint, es sei durch den vom ersten Richter ihm nachgelassene besondere Gegenbeweis der allgemeine Grundsatz aufgestellt, daß der Verklagte als entschuldigt betrachtet werden müsse, wenn er sich der allgemeinen Uebung gemäß verhalten habe, selbst falls das Gerüst später als mangelhaft konstruirt sich gezeigt haben sollte. Die Aufstellung eines solchen Grundsatzes lag augenscheinlich weder in der Intention des Stadtgerichts, noch hat derselbe in jenem Gegenbeweissatze Ausdruck gefunden, vielmehr handelt es sich bei jenem Beweissatz nur um die Feststellung der Behauptung des Verklagten, daß die der Natur der Sache nach dem Meister obliegende Verpflichtung, für ein sicheres Gerüst zu sorgen, nach allgemeinem Gebrauch auf die dasselbe benutzenden Gesellen übertragen werde.

14.

Cöln-Münden-Thüringer Verbindungs-Eisenbahngesellschaft, nunmehr Königlich Preußische Fiskus, vertreten durch die Direction der Westphälischen Eisenbahn zu Soest, Klägerin, gegen Zacharias Königswärter, Beklagten, wegen Actien-Einzahlung und Conventional-Strafe, jetzt Legitimation zur Sache betr.

1) Verordnung vom 12. December 1866: eine vom Oberappellations-Gericht zu Lübeck an eine Universität geschickte Sache geht an das Obertribunal über zur Urtheilsprechung, nicht zur Publication eines vom Spruchcollegium abgefaßten Urtheils.

Digitized by Google

2) Prüfung der Statutenmäßigkeit des Beschlusses der Generalversammlung einer Actien-Gesellschaft.

3) Ein besserer Beweis ist nachzulassen, wenn der Beweis ohne Artikulirung betreffender Thatsachen aufgegeben und eine Präclusivfrist nicht gesetzt war; Anberaumung einer Beweisfrist hierfür nach P. P. O. von 1819 Art. 30 und 51 des Gesetzes vom 5. Nov. 1833.

4) Prüfung der Activlegitimation des Fiskus aus dem Inhalte des Vertrags.

Thatsächliches:

Es handelt sich in dem dermaligen Stadium des vorliegenden Rechtsstreites nicht mehr um die Frage, ob und in welchem Umfang die Verbindlichkeit des Beklagten zur Leistung der von der vormaligen Direction der Cöln-Münd.-Thür.-Verb.-Bahn ausgeschriebenen 2ten Einzahlung von 10% der verzeichneten Beträge, sowie zur Entrichtung der durch Beklagtens Zahlungssäumniß verwirkten Conventionalstrafe von 300 Thlr. an sich begründet sei oder nicht. Denn darüber ist bereits rechtskräftig entschieden, die Verbindlichkeit des Beklagten als an sich zu Recht bestehend anerkannt, indem das stadtgerichtliche Erkenntniß vom 22. December 1851 in den oberen Instanzen eine Abänderung nur insoweit erfahren hat, als die von demselben unbedingt ausgesprochene Verurtheilung des Beklagten in eine bedingte, von dem vorderſamen Nachweis der Sachlegitimation des als Kläger in den Streit eingetretenen Königl. Preußischen Fiskus abhängige umgewandelt worden ist.

Die Aktivlegitimation des Fiskus, als Rechtsnachfolger der ursprünglichen Klägerin, insonderheit der Nachweis der Existenz und des Rechtsbestandes der zwischen den Actionären der Köln-Münd.-Thür.-Verb.-Eisenbahn und dem Preußischen Fiskus bezüglich der eingeklagten Forderung stattgehabten Cession bildet daher zur Zeit den alleinigen Gegenstand des Streites, während die Bestimmung dessen, was Beklagter eintretenden Falles der Klägerin zu leisten hat, bereits endgültig durch das erwähnte Erkenntniß vom 22. December 1851 festgestellt erscheint.

Vergleiche die vorderen Erkenntnisse in dieser Sache, Vereins-Sammlung Band II. S. 353 folg.

Digitized by Google

Das Stadtgericht I erkannte am 22. Mai 1863:

Würde Klägerin besser als geschehen die Activlegitimation des Königlich Preußischen Fiskus, bezüglich der im Streit befangenen Forderung darthun, so soll in der Sache selbst, sowie der Kosten wegen weiter erkannt werden, was Rechtens.

Das Appellations-Gericht (Rechtsfacultät Tübingen) erkannte am 8. März 1866.

Würde Klägerin binnen 4 Wochen besser, als bis dahin geschehen, beweisen:

daß der Vertrag vom 23. December 1848 die im Streit begriffene Forderung mit umfasse,

so wird in Hauptsache und Kostenpunkt ergehen, was Rechtens ist.

Hierbei wird dem Beklagten Gegenbeweis und beiden Partieen die Benützung der bis jetzt schon vorgelegten Beweismittel vorbehalten.

Das Obertribunal bestätigte am 5. Juni 1867 dieses Urtheil.

Aus den Gründen:

Das Oberappellationsgericht zu Lübeck an dessen Stelle das Ober-Tribunal nach Artikel III. der Verordnung vom 3. October 1866 und Art. V der Verordnung vom 12. December 1866 seit dem 1. Januar d. Jahres getreten ist, hat durch die Verfügung vom 27. November 1866 auf den Antrag des Verklagten gemäß den §. §. 142 u. f. f. der Gerichtsordnung für das gemeinschaftliche Ober-Appellations-Gericht der freien Städte Deutschlands vom 23. August 1831 verfügt und die inrotulirten Acten unter dem 8. December v. J. an das Spruchcollegium der Universität Kiel mit dem Ersuchen gesandt, das Erkenntniß im Namen des Ober-Appellationsgerichts abzufassen und an dasselbe gelangen zu lassen. Das Spruch-Collegium hat jedoch die Acten mittelst Schreibens vom 13. Februar 1867 unter Bezugnahme auf die Art. II. und V der Verordnung vom 12. December v. J. auf Veranlassung des Ober-Appellationsgerichts zu Lübeck hierher mit der Erklärung gesendet, daß es den von letzterem erhaltenen Auftrag für erloschen erachte. Und dies mit Recht; denn die §. §. 142 u. f. f. der Gerichts-Ord-

Digitized by Google

nung von 1831 sind einschließlich des §. 147, welcher das Ober-Appellationsgericht zur Bekanntmachung und folgeweise Herbeiführung der Vollstreckung eines von einem Spruch-Collegium abgefaßten Urtheils ermächtigte, sind nach Art. I der citirten Verordnung vom 12. December 1866 (N: 6482) aufgehoben, das Ober-Tribunal ist nicht ermächtigt, Gutachten von Rechtsfacultäten in Form von Urtheilen zu publiciren und zur Vollstreckung zu bringen, sondern kann nur Urtheile verkünden, die es selbst und zwar nach vorgängiger, im Art. II der citirten Verordnung unbedingt gebotener, mündlicher Schlußverhandlung mit Rücksicht auf diese gefunden hat. Nachdem dieselbe stattgefunden hat, war, wie geschehen, zu erkennen. ———

A. I. Der Verklagte stellt die Beschwerde auf: daß das stadtgerichtliche Urtheil im Wesentlichen bestätigt wurde, statt dem Antrage des Verklagten in zweiter Instanz gemäß, Klägerin wegen verfehlten Nachweises der Activlegitimation sofort abzuweisen, auch eventuell den Vertrag vom 22. (soll heißen 23.) December 1848 als nicht zu Recht bestehend und nicht verwendbar zu erkennen, unter Verurtheilung der Klägerin in die Kosten. Dieselbe ist insofern präjudiziell, als sie sich auf die Statutenwidrigkeit der Beschlüsse der General-Versammlungen vom 20. September und 2. December 1848 und folgenweise auf die Ungültigkeit des Vertrags vom 23. December dess. Jahres stützt. Sie erscheint aber nicht begründet. In dem Protokolle v. 20. September 1848 ist beurkundet, daß die General-Versammlung nach den §. §. 16 und 52 des Statutes mit Angabe der zur Berathung und Beschlußnahme vorliegenden Gegenstände vom 21. August durch den Verwaltungsrath bekannt gemacht worden sei. Auf der Tagesordnung, deren vorschriftsmäßige Anzeige an das Directorium der Vorsitzende gleichfalls mittheilte, befand sich u. A. die Auflösung der Gesellschaft und die Abtretung der Bahnstrecken an den Staat, sowie die Einsetzung einer Commission für die Unterhandlungen mit letzterem. Auf den Vor- und Antrag der Vorsitzenden des Directoriums und der Versammlung wurde die Auflösung der Gesellschaft zwar einstimmig beschlossen, der Vorsitzende machte jedoch darauf aufmerksam, daß keine ⅔ sämmtlicher Actien vertreten seien, daher der Beschluß gemäß §. 22 des Statuts noch keine Kraft

Digitized by Google

habe, vielmehr eine fernere General-Versammlung zur definitiven Auflösung anberaumt werden müsse. Diese fand am 2. December näml. Jahres wiederum nach den vorschriftsmäßigen Bekanntmachungen, wie das Protokoll derselben besagt, unter Hinweisung des Vorsitzenden auf den Beschluß vom 20. Septbr. statt und die Auflösung wurde abermals einstimmig beschlossen, war also jetzt nach der Maßgabe der Allerh. Concessions- und Bestätigungs-Urkunde zu §. 22b. des Statutes unter Genehmigung des Staats (§. 53) endgültig. Andere Beschlüsse der General-Versammlung vom 20. Septbr., über irgend welche Angelegenheiten der Gesellschaft wurde nach der Regel im ersten Satze des §. 22 des Statuts, selbst wenn sie eine Aenderung des Statuts enthalten hätten (§. 19 N: 5 und 7 das.) unbedingt durch absolute Stimmenmehrheit der Anwesenden rechtsbeständig. Zu diesen Beschlüssen gehörte nach Ausweis des Protokolles vom 20. Sept. der einstimmig angenommene, auf Niedersetzung einer Comission mit dem Auftrage an dieselbe, mit dem Staate über die Abtretung der ganzen Bahnstrecke gegen eine noch näher festzustellende Entschädigung zu unterhandeln, und die mit einer überwiegenden Majorität erfolgte Annahme des Antrags des Actionairs Volkmar „der zu wählenden Commission unbedingte und unbeschränkte Vollmacht zu ertheilen, um den beabsichtigten Vertrag mit der Staatsregierung über Abtretung des ganzen Bauunternehmens an dieselben definitiv und ohne Vorbehalt der Genehmigung der Gesellschaft abzuschließen, mit andern Worten, „jener Commission ein unbeschränktes Vertrauens-Votum zu geben", sowie die Wahl der Commission in denjenigen sechs Personen, welche den Vertrag mit der Staatsregierung vom 23. Dec. 1848 wirklich abgeschlossen haben. — Mit Recht machte daher in der General-Versammlung vom 2. December der Vorsitzende darauf aufmerksam, daß bereits in der Versammlung vom 20. Septbr. die gedachte Commission ernannt sei, und stattete zugleich Bericht über die Thätigkeit derselben ab, ohne daß auf seine Aufforderung, ob Jemand noch etwas anzuführen habe, eine Gegenbemerkung erfolgte. — Die Ausstellungen des Verklagten gegen die Verfassungsmäßigkeit der dargelegten Beschlüsse und folgeweise deren bindende Kraft gegen ihn (§. 15 der Statuten a. E.) scheitern demnach theils an dem

Digitized by Google

thatsächlichen Inhalte der Protokolle der beiden gedachten General-Versammlungen, theils an dem Inhalte der Statuten selbst; einer weiteren Widerlegung seiner Angriffe gegen die betreffenden, hiermit übereinstimmenden Ausführungen der beiden Vorderrichter bedarf es nicht. Namentlich haben die letzteren schon die Hinfälligkeit der Behauptung, daß §. 53 der Statuten verletzt worden sei, weil nicht das Directorium und der Verwaltungsrath die im §. 53 vorgesehenen, im gewöhnlichen Laufe der Dinge nach einer Auflösung der Gesellschaft erforderlichen, nach Lage der Sache in Folge der gefaßten Beschlüsse weggefallenen Verrichtungen vorgenommenen, sondern die laut Protokolls vom 20. September 1848 und Anl. B. dazu auf den gemeinschaftlichen Antrag der Direction und des Verwaltungsraths von der General-Versammlung eingesetzte Commission die Vollziehung des Auflösungsbeschlusses bewirkt hat, mit unerschütterten Gründen dargethan, wie es denn auch keinem Bedenken unterliegt, daß einer so bestellten Commission in der Erledigung ihres Auftrags die regelmäßige Vertretung der Gesellschaft durch das Directorium (§. 40 der Statuten) nicht im Wege steht.

II. Die Behauptung des Verklagten, daß die fragliche, im Oktober 1846 der Cöln-Minden-Thüringer-Verbindungs-Eisenbahn-Gesellschaft unbedingt erworbene und erfallene Forderung durch die Auflösung der Gesellschaft untergegangen sei, ist rechtskräftig beseitigt.

III. Die versuchte Rechtfertigung des ferneren Beschwerdepunktes desselben, daß ein besserer Beweis dem Kläger nicht habe nachgelassen werden dürfen, enthält Nichts, wodurch die ausführlichen Gründe zu III. des angefochtenen Erkenntnisses erschüttert werden könnten. Entscheidend ist für die Zulassung des normirten weiteren Beweises, daß ein thatsächlicher, binnen einer bestimmten Frist zu erledigender, Beweissatz bisher überhaupt noch nicht aufgestellt, sondern dem Fiskus nur die Darlegung seiner Activlegitimation zur Sache im Allgemeinen ohne Artikulirung betreffender Thatsachen aufgegeben und ihm dafür keine Präclusivfrist angewiesen worden war. — Sämmtliche Beschwerden des Verklagten erscheinen demnach hinfällig.

Was

B. Die Beschwerde der Klägerin betrifft, und zwar

Digitized by Google

IV. die Beschwerde darüber: daß das appellationsgerichtliche Erkenntniß nicht, ihrer Beschwerde gegen das erste Erkenntniß entsprechend, die Activlegitimation des Fiskus für hergestellt erachtet und die beantragte Verurtheilung ausgesprochen hat, so lautet der Vertrag vom 23. December 1842 zwar im §. 1, zufolge dessen in der Abtretung der Eisenbahn an den Staat alle der Gesellschaft gehörigen „Forderungen" inbegriffen sind, so allgemein, daß, wenn dieser §. allein in Betracht käme, auch die hier streitige Forderung als mitübertragen anzusehen wäre. Allein aus dem übrigen Inhalte des Vertrages, insbesondere aus dem §. 2. in Verbindung mit der ganzen Lage des Sach- und Rechtsverhältnisses, ergibt sich mit größerer Wahrscheinlichkeit, daß die qu. Forderung nicht hat abgetreten werden sollen, sondern daß sie als eine solche betrachtet worden ist, von welcher überhaupt abzusehen sei. — — —

V. Die eventuelle Beschwerde der Klägerin über die Abänderung des ihr in erster Instanz nachgelassenen besseren Beibringens ihrer Activlegitimation in eine restringirende Beweisauflage ist ebenfalls unbegründet. Denn da sie keinen selbstständigen thatsächlichen Grund des Ueberganges der streitigen Forderung auf sie außer dem Vertrage vom 23. Decbr. 1848 behauptet hat, und dieser Sinn des Vertrages vom Verklagten bestritten ist, es aber in der Aufgabe des Richters liegt, den Beweissatz thatsächlich zu normiren, möge nun ein Schluß daraus blos für den Legitimationspunkt, oder für die Hauptsache rechtlich zu ziehen sein: so erscheint nicht nur die appellationsgerichtliche Beweisnorm gerechtfertigt, sondern es war auch die Anberaumung einer Beweisfrist nach Art. 30 u. flgd. der Prozeß-Ordnung von 1819 und §. 1 des Gesetzes vom 5. November 1833 geboten. Der hinzugefügte ausdrückliche Vorbehalt der Benutzung aller schon vorgelegten wie vorzulegenden Beweismittel schließt zugleich die Anschauung aus, als könne die Bedeutung jenes Vertrags hinsichtlich des Ueberganges der in Rede stehenden Forderung auf die Klägerin nicht aushülfsweise auch durch Documente nachgewiesen werden, welche neben demselben hergehen. — — —

Digitized by Google

15.

J. Oppenheimer, Kläger gegen Wittwe Georg, geb. Koch, Beklagte, Forderung betr.

Die Einrede aus dem S. C. Vellejanum ist gegen die Klage aus einem Wechselaccepte zulässig, wenn unter Vorwissen des Klägers das Accept nur zum Zwecke der Verbürgung für eine Schuld des Ausstellers an den Kläger gegeben wurde.

Das Stadtgericht I. erkannte am 22. August 1866 auf den Erfüllungseid der Beklagten dahin:

daß sie den eingeklagten Wechsel zu dem Zwecke acceptirt habe um sich für den Aussteller Leopold Eduard Hundt zu verbürgen, und daß der Kläger Oppenheimer bei der Erwerbung des eingeklagten Wechsels von diesem Umstande Kenntniß gehabt habe.

Das Appellationsgericht bestätigte am 16. Nov. 1866 und das Obertribunal am 15. Juni 1867 dieses Erkenntniß.

Gründe des Obertribunals.

Die Anwendbarkeit des Senatus consultum Vellejanum würde untergebens ausgeschlossen sein, wenn die Verklagte die Wechselacceptation nur als Mittel gewählt hätte, um sich Geld zu verschaffen und dasselbe dem Hundt zur Aussteuer zu geben oder mit demselben dessen Schulden zu bezahlen.

L. 11. Dig. fr. I. C. (16. 1.)

L. 4. §. 1. eod.

Es muß vielmehr feststehen, und dieß ist das Beweisthema gewesen, daß der Wille der Parteien dahin gegangen und unter denselben das Bewußtsein herrschend gewesen ist,

daß dem Hundt für seine Zwecke (in usus suos) Geld durch den Kläger Oppenheimer verschafft werden und daß für die für Hundt dadurch entstehende Verbindlichkeit die Verklagte einstehen sollte.

Diese Voraussetzungen sind aber nach dem Ergebnisse der Beweisaufnahme vorhanden.

Zunächst hatte Hundt keine Forderung gegen die Wittwe Georg;

Digitized by Google

die Acceptation des Wechsels erfolgte also nicht in Erfüllung einer Verbindlichkeit der Acceptantin gegen den Traſſanten, Hundt selbſt hat, nach der eigenen Darſtellung des Klägers in der Replik, den Betrag des Wechsels von ihm erhalten.

Der in den l l. 4. und 11. cit. vorgeſehene Fall liegt alſo nicht vor. Die Verklagte hat nicht ein Darlehen von dem Kläger erhalten um dies für Hundt zu verwenden, ſondern Hundt haftet dem Kläger und für die Erfüllung der deßfallſigen Verbindlichkeit iſt die Verklagte durch das Accept intercedendo eingetreten und wird ſie jetzt in Anſpruch genommen. Sie iſt mulier obligata nicht donans, im Sinne der L. 4. §. 1. Dig. h. t., ſie befindet ſich in der Lage, für welche das Sen. Cons. Schutz gewähren ſoll, quia facilius mulier se obligat, quam alieni donat. Daß dieſe Auffaſſung des Sachverhältniſſes die richtige iſt, wird durch die Ausſage der Zeugin Schelbert weſentlich beſtätigt. Aus derſelben geht hervor, daß Hundt der Verklagten Geld ſchuldig war, daß er von anderen Gläubigern verfolgt und mit Perſonalarreſt bedroht wurde, und daß die Verklagte deßhalb dem Oppenheimer, wie ſie ſich der Zeugin gegenüber ausdrückte, einen Wechſel unterſchrieb, und daß Oppenheimer ſich gegen die Zeugin auch dahin ausgeſprochen hat, daß Frau Georg für Hundt ihm einen Wechſel unterſchrieben habe.

Der Ausdruck: für Hundt einen Wechſel unterſchreiben, weiſt, auch in dem Munde eines Laien, auf eine Interceſſion hin und begründet eine ſtarke Vermuthung hierfür in Verbindung mit der Thatſache, daß Hundt die Valuta des Wechſels von demjenigen erhalten hat, der ſie jetzt aus dem Accepte von der Verklagten zurückfordert.

Dafür daß Oppenheimer auch wußte, daß es ſich um eine Bürgſchaftsleiſtung handelte, iſt nach dem ganzen Zuſammenhange des Sachverhältniſſes derſelbe Grad von Gewißheit oder Wahrſcheinlichkeit vorhanden, wie für die Thatſache der Bürgſchaftsleiſtung ſelbſt.

Einem Bedenken unterliegt es auch nicht, daß die Verklagte in Betreff der Kenntniß des Klägers von der richtigen Sachlage de veritate ſchwören kann. Es handelt ſich dabei ſelbſtredend nicht von

Digitized by Google

dem factum internum, den Gedanken des anderen Contrahenten, sondern von den äußeren Thatsachen, aus denen die Art seiner Betheiligung an der Sache und das bei ihm vorhandene Bewußtsein erkennbar wird.

16.

Georg Hirschmann zu Hamburg, Kläger gegen Isaak Oppenheimer dahier, Beklagten, Forderung betr.

Ist ein Beweis vollständig geführt, wenn auch künstlich, so bedarf es keiner Eidesauflage, und ist daher nicht zu fragen, ob Kläger nach Ref. I, 39, 8 zum Erfüllungseide — weil nicht aufrichtig und glaubwürdig — zuzulassen sei.

Das Stadtgericht I. im Urtheil vom 3. März 1863 und das Appellations-Gericht im Urtheil vom 22. Mai 1865 erkannten auf den Reinigungseid des Beilagten,

da es dem Kläger an der nach Ref. I, 39, 8 erforderlichen wesentlichen Voraussetzung des Erfüllungseides fehle

Römer, Sammlung Bd. 2, S. 99. 652.
„ 4, S. 371.

das Ober-Tribunal aber erkannte im Urtheil vom 15. Juni 1867, daß der Beweis als von dem Kläger vollständig geführt anzunehmen sei.

Gründe:

Der Ober-Appellant hatte zu beweisen, daß er die beiden Vasen, deren Kaufpreis von ihm gefordert wird, auf Anweisung des Ober-Appellaten an Goldschmidt-Strauß in Frankfurt a. M. gesendet habe.

Es ist nicht streitig, daß die Sendung an diese Adresse wirklich gelangt sei.

Der Zeuge S., gegen dessen Glaubwürdigkeit keine Ausstellungen vorliegen, weiß, daß ein Mann mit Namen Oppenheimer die Vasen gekauft hat; er meint sich zu erinnern, daß sie zum Geschenk für einen Verwandten bestimmt waren, und daß Kläger von dem Verklagten angewiesen war, sie an einen Spediteur in Haarburg zu senden.

Es steht fest, daß der Ober-Appellat der Käufer war; daß von einem Geschenk an einen Verwandten Rede gewesen ist, daß

Digitized by Google

Goldschmidt Strauß die Vasen, wie Ober-Appellat selbst behauptet, als Geschenk erhalten sollte und daß sie wirklich durch einen Spediteur in Haarburg an diesen Goldschmidt-Strauß, den Schwiegervater des Ober-Appellaten, gelangt sind.

Wenn also Zeuge auch erklärt hat, nicht zu wissen, ob die Versendung an Goldschmidt-Strauß bewirkt worden sei, so kann, dem Zusammenhange nach, dieses Nichtwissen sich doch nur auf die Ausführung, nicht auf die Ertheilung der Versendungs-Ordre beziehen.

Die Unsicherheit in der Aussage des Zeugen hinsichtlich des Ertheilens der Weisung erklärt sich aus der Länge der Zeit zwischen Vorgange Januar 1853 und der Zeit der Vernehmung, November 1854.

Der Zeuge K. sagt, ein junger Mann habe in seiner Gegenwart den Ober-Appellanten beauftragt, Sachen an Goldschmidt-Strauß in Frankfurt durch den Spediteur Elkan in Haarburg zu senden und bezieht den Auftrag auf 2 Vasen, die in seiner Gegenwart in Kisten verpackt wurden. Der Spediteur, durch welchen Goldschmidt-Strauß wirklich die Vasen erhalten hat, heißt Elkan und wohnt in Haarburg.

Ober-Appellat selbst hat einen Brief des Bruders des Ober-Appellanten vom 15. Januar 1853 beigebracht, wonach die erfolgte Absendung der Vasen an Goldschmidt-Strauß diesem gemeldet wird.

Die Aussage des Zeugen W. kann, obwohl er früher bei dem Bruder des Ober-Appellanten im Dienst war, nur eingeräumt hat, den Ober-Appellanten selbst gegen Vergütung Auswanderer zuzuführen, nicht als beweisuntauglich angesehen, oder als minder glaubwürdig beanstandet werden, denn er steht in keinem Verwandtschafts- oder Abhängigkeits-Verhältniß zu den Ober-Appellanten, auf welches nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts eine erhebliche Einwendung gegen seine Glaubwürdigkeit gegründet werden könnte.

Zeuge führt nicht bloß den Ober-Appellanten, sondern auch anderen Auswanderungs-Expedienten Auswanderer gegen Vergütung zu.

Es besteht also nur eine gewöhnliche Geschäftsverbindung, welche für sich allein den Werth der Aussage nicht abschwächt. Zeuge ist bei dem Ankaufe der Vasen zugegen gewesen und weiß, daß sie auf

Digitized by Google

dem Comptoir zur Absendung an Elkan in Haarburg gestanden haben. Was an dieser Aussage fehlt — die Angabe des weiteren Bestimmungsortes — wird durch die Aussage des W. ergänzt.

War der Ober-Appellat Käufer, sollte der gekaufte Gegenstand ein Geschenk für Goldschmidt-Strauß sein, wie Ober-Appellat selbst behauptet, konnte der Schenker kein Anderer als der Käufer sein, ist, wie Zeuge K. aussagt, der Ober-Appellant angewiesen gewesen, den von dem Ober-Appellaten gekauften Gegenstand, wie wirklich geschehen, an den Spediteur Elkan in Haarburg zu senden, so liegen so viele durch vollkommen glaubwürdige Aussagen bewahrheitete Thatsachen vor, daß aus ihnen der Schluß in völliger Sicherheit gezogen werden kann, der Ober-Appellant habe bei der nachgewiesenen Versendung durch Elkan in Haarburg an Goldschmidt-Strauß in Frankfurt nicht eigenmächtig gehandelt, sondern, was unter Beweis stand, einen von dem Ober-Appellaten empfangenen Auftrag ausgeführt.

Hiernach bedarf es keiner Eidesauflage wegen Unvollständigkeit des Beweises.

Es kann also die Frage: ob anstatt des Reinigungs-Eides der Erfüllungseid zuzulassen gewesen wäre, auf sich beruhen bleiben.

Es ist zwar kein vollständiger natürlicher Beweis geliefert, aber ein völlig genügender künstlicher Beweis vorhanden, bei welchem die juristische Gewißheit auf Schlußfolgerungen beruht, deren Werth an keine anderen Bedingungen gebunden ist, als diejenigen, welche nach den Grundsätzen der Logik gefordert werden.

B. Stempelwesen.

Cassel, den 21. April 1868.

Durch §. 4 der Verordnung, betr. die Verwaltung des Stempelwesens in der ehemals freien Stadt Frankfurt a. M. vom 16. August v. J. sind alle dieser Verordnung entgegenstehenden Vorschriften außer Kraft gesetzt. Der §. 15 des Frankfurter Gesetzes vom

Digitized by Google

26. October 1852, wonach in Strafsachen Stempel nicht angewendet werden, kann daher, wie ich auf die Anfrage vom 24. Februar d. J. erwidere, um so weniger als für das Gebiet der vormals freien Stadt Frankfurt das Gesetz über das Verfahren in Strafsachen vom 15. Mai / 16. Sept. 1856 durch die Verordnung vom 25. Juni 1867 außer Wirksamkeit gesetzt und nach Pos. 58 des Stempeltarifs vom 19. Juli 1867 Vollmachten ausdrücklich dem Stempel von 15 Sgr. unterworfen worden sind.

Nach §. 3 Buchstab a der Verordnung vom 19. Juli v. J. sind nur Verhandlungen über Gegenstände, deren Werth geschätzt werden kann, wenn dieser Werth 50 Thlr. nicht erreicht, stempelfrei, und dazu gehören Untersuchungen nicht, die keinen nach Geld schätzbaren Gegenstand darstellen. Deßhalb ist jede Vollmacht zur Vertretung eines Angeklagten in einem Untersuchungsverfahren stempelpflichtig, was für die älteren Landestheile durch ein Erkenntniß des kgl. Obertribunals vom 28. November 1864 ausdrücklich anerkannt ist. (Centralblatt pro 1865 S. 336).

Der Provinzial-Steuer-Director

(gez.) Schultze.

Juristische Gesellschaft.

Monatliche Rundschau der gerichtlichen Entscheidungen.

Juni 1868.

A. Obertribunal.

17.

N: 282, 1866 der „Neuen Badischen Landeszeitung", wegen Vergehens gegen Art. 10 und 11 des (Frankfurter) Preßgesetzes *).

Die Frage, ob strafbare Angriffe auf Anordnungen der Obrigkeit vorliegen, unterliegt lediglich der thatsächlichen Feststellung und ist durch die Nichtigkeitsbeschwerde daher nicht anfechtbar.

In der incriminirten Nummer war bezüglich der von der Rechneikasse an die Bank gezahlten Zinsen für die Contribution von fl. 5,747,000 der Ausdruck gebraucht: „dies geschehe nur zufolge eines Ukases; ebenso war der von den beiden Regierungsbevollmächtigten ausgestellte Schuldschein der Bank gegenüber als „Wisch" bezeichnet.

Die Rathskammer des Zuchtpolizeigerichts lehnte den Antrag auf Bestätigung der Beschlagnahme ab, insbesondere a. f. G.:

1) Eine formelle Beleidigung liegt in dem Ausdruck „Ukas" nicht; derselbe ist synonym mit einem Befehl, einer Verordnung, die — im Gegensatz zu dem konstitutionellen Verfahren — von der regierenden Gewalt kraft zustehender absoluter Souverainität erlassen wird. Eine Mitwirkung gesetzgebender Factoren hat aber bei der fraglichen Verfügung nicht stattgefunden.

2) Es ist erwiesen, daß nicht die genannten Senatoren (Regierungsbevollmächtigten), sondern das Rechneiamt selbst die Schuld-

*) Die Urtheile in Straf-Sachen verdanken wir der gefälligen Mittheilung der Herren Dr. Fabricius, Fleck und Murhard.

Digitized by Google

urkunde an die Bank ausgestellt hat. Die Darstellung des Blattes ist also unrichtig: wegen entstellter Thatsachen aber ist nicht geklagt.

3) Abgesehen davon kann in der Bezeichnung des Scheines als „Wisch" eine Mißachtung der angeblichen Aussteller nicht befunden werden, da die Tendenz des Artikels lediglich dahin geht, die kritische Lage der Bank bezüglich dieses Darlehens zu schildern. Die Rechtsfrage, wer eigentlich Schuldner sei, ist mindestens zweifelhaft; weiteres aber ist in qu. Artikel nicht behauptet. Der allerdings starke Ausdruck „Wisch" will also nur sagen, daß der fraglichen Urkunde jede civilrechtliche Bedeutung abzusprechen sei. Daß die Tendenz nicht gewesen, die Person der angeblichen Unterzeichner zu beleidigen, geht aus sonstigen Stellen des Artikels zur Genüge hervor.

Die Beschwerde der Staatsanwaltschaft wurde von der Anklagekammer verworfen, insbesondere aus den weiteren Gründen, daß

a) der qu. Artikel nicht die Contributionsauflage selbst, sondern nur die zu deren Bezahlung geschehene Geldaufnahme zum Gegenstand habe, und daß

b) selbst im Falle der Ausdruck „Wisch" als beleidigend angesehen werden könnte, es gleichwohl an dem in §. 190 des (Hess.) St.-G.-B. erforderten Strafantrag gebreche.

Die Cassation der Staatsanwaltschaft wurde am 21. Februar 1867 vor dem königl. Obertribunal zurückgewiesen, in Erwägung:

1) daß die Vorderrichter, insbesondere die Anklagekammer, sich den von der Staatsanwaltschaft als maßgebend bezeichneten Ausgangspunkt, wonach das eigentliche Angriffsziel des Artikels gegen die Anordnung des Oberbefehlshabers der Main-Armee gerichtet sei, nicht angeeignet haben;

2) daß die Anklagekammer vielmehr davon ausgeht, daß der fragliche Artikel nicht die Contributionsauflage, sondern nur die zu deren Zahlung erfolgte Geldaufnahme zum Gegenstand habe;

3) daß sie von diesem Ausgangspunkt aus einen strafbaren Angriff auf Anordnungen der Obrigkeit nicht gefunden und bezüglich einer etwaigen Beleidigung Mangels des nach §. 190 des Hess.

Digitized by Google

St.-G.-B. erforderlichen Antrags die Verfolgung nicht für zulässig erachtet hat; daß sonach

4) die Anklagekammer sich auf dem der Nichtigkeitsbeschwerde nicht zugänglichen Gebiete der thatsächlichen Beurtheilung bewegt und die Nichtigkeitsbeschwerde daran scheitert, daß von den Instanzrichtern die zum Thatbestand der als verletzt bezeichneten Artikel gehörigen Voraussetzungen nicht festgestellt sind; daß endlich

5) die Gründe des angegriffenen Urtheils auch eine rechtsirrthümliche Auffassung der bezeichneten Gesetzes-Vorschriften, überall nicht erkennen lassen.

18.

Rauscher, Bernhard Philipp von hier, wegen Verausgabung falscher Münzen, Eigenthumsbeschädigung und Körperverletzung.

Fristversäumniß bei Einlegung.

Der in zweiter Instanz zu sieben Monaten verurtheilte Angeklagte hatte die Nichtigkeit, entgegen dem damals noch geltenden Act 336 St.-P.-G., erst am sechsten Tag angezeigt und suchte sich mit Rechtsunkenntniß zu entschuldigen.

Das Königl. Obertribunal wies die Beschwerde, als verspätet eingebracht, einfach zurück.

(16. Mai 1867.)

19.

Kitz, Johann Georg, von hier, Redacteur des Frankfurter Journals, wegen Preßvergehens durch Beleidigung des Ministerpräsidenten.

Der in §. 190 des Hess. St.-G.-B. erforderte Strafantrag ist ein persönlicher, nicht durch Vertretung auszuübender Akt.

Die Anklage ging auf Beleidigung des Grafen v. Bismarck in einem Wiener Artikel der N° 335, 1866, des Frankfurter Journals. Ein Strafantrag des beleidigten Ministers war nicht gestellt; jedoch lag eine schriftliche Erklärung des Unterstaats-Secretairs v. Thiele vor, worin der Königl. Civilcommissair zur Anstellung der Klage ermächtigt wurde. Dieses Actenstück war unterzeichnet: „der Minister der auswärtigen Angelegenheiten. Im Auftrag

v. Thiele."

Digitized by Google

Die erste Instanz erkannte, die Vermuthung spreche dafür, daß dieser Auftrag von dem Ministerpräsidenten persönlich ertheilt sei, fand daher die Erhebung der Klage formell anstandlos, sprach jedoch aus materiellen, hier nicht interessirenden, Gründen frei.

Auf Berufung der Staatsanwaltschaft erkannte das Appellationsgericht:

1) das Vergehen der Verletzung der Dienstehre, wiewohl §. 190 auch den Antrag der vorgesetzten Behörde zuläßt, büßt hierdurch den allgemeinen Character der Ehrenkränkung nicht ein;
2) dieser Character bleibt um so mehr unverändert, wenn, wie hier, eine vorgesetzte Behörde nicht besteht;
3) mithin war ein unzweifelhafter Klagantrag des Beleidigten selbst, ob unmittelbar, oder durch persönliche Vollmacht, erforderlich, während
4) das vorliegende Actenstück ungewiß darüber läßt, ob hier wirklich eine persönliche Willenserklärung des Grafen v. Bismarck vorliege. Demnach ist
5) vorbehaltlich rechtsgenügender neuer Verfolgung das ganze bisherige Verfahren für unstatthaft zu erklären.

Die Kassation der Staatsanwaltschaft wies das Königl. Ober-Tribunal unterm 23. Mai 1867 zurück, a. f. G.

1) die Klage aus Art. 190 des Hess. St.-G.-B. ist eine persönliche Handlung des Beleidigten, kein Act seiner amtlichen Thätigkeit, kann daher nicht von einem Dritten ausgehen, wenn dieser auch nach den bestehenden Ressortverhältnissen in amtlichen Angelegenheiten sein Vertreter ist;
2) eine persönliche Vollmacht des beleidigten Ministerpräsidenten liegt nicht vor, folglich befindet sich die angefochtene Entscheidung mit den gesetzlichen Vorschriften in Uebereinstimmung.

20.

Holl, Joseph, von Sulzbach, wegen Betrugs und Unterschlagung.

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist von Amtswegen zu prüfen, ohne daß es einer Rechtsfertigungsschrift bedarf. — Gleichzeitige Anwendung des preuß. und hess. Strafgesetzes unzulässig.

Digitized by Google

Der Beklagte war in erster Instanz, unter Anwendung des preuß. Gesetzbuchs, wegen vier Unterschlagungen und vier Betrugsfällen zu 15 Monaten Gefängniß, fl. 100 Geldbuße und Verlust der Ehrenrechte auf drei Jahre verurtheilt worden. In zweiter Instanz wurde wegen dreier Betrugsfälle und zweier Unterschlagungen freigesprochen und wegen der übrigen Vergehen auf 9 Monate Gefängniß, fl. 75 Geldbuße und zweijährige Interdiction erkannt; die Instanz hob hervor, daß bezüglich des Strafmaßes der einzelnen Vergehen das neue Gesetz, bezüglich der Concurrenzbestimmungen aber das bisherige das mildere sei.

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten, welcher jedoch eine Rechtfertigungsschrift nicht eingereicht hatte, wurde von dem königl. Obertribunal unterm 23. Mai 1867 zurückgewiesen.

Es wird darin gesagt:

1) Die Rechtfertigung der Beschwerde ist nach Art. 339 der (damaligen) Proceßordnung facultativ, nicht obligatorisch; die Prüfung und Entscheidung ist mit Rücksicht auf das in Strafsachen vorzugsweise obwaltende öffentliche Interesse als eine in Folge der bloßen Anmeldung des Rechtsmittels eintretende Amtspflicht anzusehen, für welche Wirkung der Anmeldung auch die Analogie des französischen Strafprocesses spricht; die Absendung der Acten wäre überhaupt nicht geboten, wenn der Cassationshof wegen bloßen Mangels der Rechtfertigungsschrift die sonst gehörig geschehene Nichtigkeitsklage als desert zurückweisen dürfte, was dem Unterrichter unbedenklich hätte überlassen bleiben dürfen, da hier nur eine thatsächliche Fristversäumniß festzustellen wäre.

2) Im Uebrigen haben die Strafgesetze auf die festgestellten Thatsachen keine unrichtige Anwendung gefunden, obgleich die Erwägung des zweiten Richters, „daß rücksichtlich der Concurrenz das bisherige St.-G.-B. mildere Normen enthalte", bei Vergleichung der resp. Bestimmungen des hess. Strafgesetzes mit §. 56 alin. 2 das preuß. St.-G.-B. nicht Stich hält, auch eine gleichzeitige Anwendung beider Strafgesetzbücher auf die incriminirten Thaten insgesammt nicht Platz greifen kann. Gleichwohl aber ist das erkannte Strafmaß weit unter dem nach beiden Gesetzgebungen zulässigen höchsten geblieben.

Digitized by Google

21.

Fuchs, Christian Christoph, von Darmstadt, und Lindheimer, Jacob, von hier, wegen Aufforderung zum Spiel in einer verbotenen Lotterie.

Der Richter des Wohnorts — in den neuen Provinzen — hat auch die am Wohnort nicht publicirten Preußischen Gesetze anzuwenden, wenn der Thäter an irgend einem Orte der alten Provinzen, wo diese Gesetze in Wirksamkeit bestanden, delinquirt hat.

Die Angeklagten waren beschuldigt, im Jahre 1867 in der Königsberger resp. Danziger Zeitung Promessen zu österreichischen Loosen angeboten zu haben.

Der von der Staatsanwaltschaft mit Einleitung der Untersuchung beauftragte Untersuchungsrichter lehnte ab, da die in Frage kommende Cabinetsordre vom 27. Juni 1837 hier nicht publicirt sei. Auf Remonstration der Staatsanwaltschaft entschied die Anklagekammer gleichfalls ablehnend, a. f. G.:

1) Die cit. Cabinetsordre verbietet zwar den Verkehr mit Promessen zu den mit Prämienloosen verbundenen Staatsanlehen; dieselbe hat aber hier keine Gesetzeskraft erlangt, kann daher hier nicht zur Anwendung kommen.

2) Hiergegen kann auch ein Einwand aus §. 3 des St.-G.-B. nicht abgeleitet werden, denn hier ist nur ausgesprochen, daß es für den Preuß. Richter hinsichtlich der Anwendbarkeit der in seinem Gerichtsbezirk wirklich in Geltung befindlichen Preuß. Strafgesetz keinen Unterschied mache, ob der Thäter Inländer oder Ausländer ist, somit nur der Grundsatz, daß die Strafgewalt des Staates auch den darin delinquirenden Ausländer treffe, eine gesetzliche Sanktion erhalten hat;

Goltdammer, Materialien I. 57.

Auf Cassation der Staatsanwaltschaft vernichtete das Königl. Obertribunal am 23. Mai 1867 a. f. G.:

1) Nach allgemeinen, in Art. 5. N° 1 des hess. und §. 3 des preuß. St.-G.-B. bestätigten Grundsätzen, fällt jede Handlung unter die Strafgesetze des Ortes, wo sie verübt wird;

2) Dieser Grundsatz greift nicht nur Ausländern gegenüber

Digitized by Google

Platz, sondern es sind noch um so gewisser die Handlungen eines Inländers strafbare oder straflos, je nachdem der Ort ihrer Verübung im Inland innerhalb des Herrschaftsgebietes eines betreffenden Strafgesetzes gelegen ist, oder nicht;

3) Es kann demnach kein Preuße der Anwendung der in Königsberg oder Danzig geltenden allgemeinen oder partikulären Strafgesetze entgehen.

4) Die Anwendung derselben muß durch dasjenige Gericht erfolgen, welches von der Staatsanwaltschaft mit der Untersuchung befaßt wird und ein Gerichtsstand (in specie for. domicil.) des Beschuldigten bei demselben begründet ist.

5) Die Cabinetsordre vom 27. Juni 1837 aber besteht in Königsberg und Danzig in Kraft, war also auch, nebst den §. §. 268 und 36 St.-G.-B. anzuwenden.

22.

Blenkle, Johann Sebald von hier, wegen Aufforderung zum Spiel in einer verbotenen Lotterie.

Gleichförmige Entscheidung wie sub № 5 mit dem weiteren Motiv im Urtheil des Königl. Obertribunals vom 18. Juni 1867:

Die Ansicht des Vorderrichters würde die abnorme Folge haben, daß die Bewohner Frankfurts, wenn sie am Ort der That, oder anderswo im Bezirk eines altländischen Gerichts betroffen worden, von diesem nach der Cabinetsordre vom 27. Januar 1837 bestraft werden müßten, während sie das Gericht ihres Wohnortes wegen der nämlichen That und nach demselben Gesetz nicht zur Rechenschaft ziehen könnte, obgleich es die Königl. Jurisdiction, wie jedes andere Königl. Gericht, auszuüben hat.

23.

S. Homberger, Kläger gegen C. Ph. Büchler, Beklagten, Forderung betr.

1) Verordnung vom 12. December 1866: eine vom Oberappellationsgericht zu Lübeck an eine Universität geschickte Sache geht an das Obertribunal über zur Urtheilssprechung, nicht zur Publication eines vom Spruchcollegium abgefaßten Urtheils.

Digitized by Google

2) Art. 34 des Handelsgesetzbuchs: Beweiskraft der Handelsbücher bis zum Erfüllungseid; Prüfung der Handelsbücher mit Bezug auf Handelsgesetzbuch Art. 32, 35, 360 und 376; Commissionair als Selbstverkäufer der Werthpapiere.

Das Obertribunal bestätigte am 18. Juni 1867 die Erkenntnisse des Stadtgerichts I. vom 23. Februar 1866 und des Appellationsgerichts vom 11. Mai 1866, welche dem Kläger den Erfüllungseid zuerkannten.

Gründe.

In der Ein- und Ausführungsschrift hat der Oberappellant die Versendung der Akten an eine deutsche Juristenfakultät beantragt, und es sind demgemäß am 18. December v. J. die Akten an das Spruchcollegium der Königlichen Universität zu Bonn gesandt worden, von welchem ein abgefaßtes Urtheil mittelst Schreibens vom 26. Jan. d. J. eingegangen ist. Wegen inzwischen eingetretener Veränderung in der Gesetzgebung konnte jedoch die Publikation dieses Urtheils nicht erfolgen, vielmehr mußte in der Sache das Erkenntniß von dem Königlichen Obertribunal erlassen werden.

Nach der Verordnung vom 3. October v. J. (G.-S., S. 606) ist für das Gebiet der ehemaligen freien Stadt Frankfurt das Königl. Obertribunal an die Stelle des Oberappellationsgerichts zu Lübeck vom 1. Januar 1867 ab als oberster Gerichtshof getreten. Das Verfahren vor demselben ist durch die Verordnung vom 12. Decbr. v. J. (Gesetzsammlung Seite 795) geregelt worden, welche im Art. V. bestimmt, daß ihre Vorschriften auch auf diejenigen Sachen Anwendung finden, welche am 1. Januar d. J. bei dem Oberappellationsgericht zu Lübeck anhängig und daß dieselben in der Lage, in welcher sie am 1. Januar d. J. sich befinden, auf das Obertribunal übergehen.

Es war nun aber an diesem Tage, der erfolgten Aktenversendung ungeachtet, die vorliegende Sache bei dem Oberappellationsgerichte zu Lübeck anhängig, da dasselbe derjenige Gerichtshof war, welcher, wenn auch auf eingeholten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten, das Urtheil zu erlassen hatte. Daß die cit. Verordnung den Ausdruck „anhängig" nicht in einem andern Sinn gebraucht hat, ergibt

Digitized by Google

sich auch aus der an dem nämlichen Tage erlassenen Verordnung sub N° 6478 (Gesetzsammlung Seite 791) in deren §. 2 von einer bei dem Appellationsgerichte in der Instanz der Aktenversendung anhängigen Sache die Rede ist.

Für das Ober-Tribunal, auf welches demnach mit dem 1. Januar 1867 die Sache überging, haben die auf den Artikel XII der Bundesacte beruhenden §§. 142 ff. der Ober-Appellationsgerichts-Ordnung vom 23. August 1831 und insbesondere der §. 147, kraft dessen das Ober-Appellationsgericht das von dem beauftragten Spruchcollegium abgefaßte Urtheil zu verkündigen hatte, nach Art. I der Verordnung vom 12. December 1866 (N° 6482, Gesetzsammlung, Seite 795) keine Geltung erlangt. Der auf Grund jener Paragraphen dem Spruchcollegium der Juristenfakultät zu Bonn ertheilte Auftrag erlosch daher mit dem 1. Januar 1867 und nach Art. II. l. c. konnte nur nach mündlicher und öffentlicher Schlußverhandlung das von dem Ober-Tribunal selbst beschlossene Urtheil verkündigt werden.

Diese Auslegung der Verordnung vom 12 December 1866, sub N° 6482, findet noch eine Bestätigung in der bereits erwähnten Verordnung von dem nämlichen Tage sub N° 6478 und in der Verordnung vom 19. November 1866 (Gesetzsammlung Seite 740). Beide Verordnungen sollten nämlich ebenfalls mit dem 1. Januar 1867 in Kraft treten, allein es wurde zugleich wegen derjenigen Sachen, in welchen bereits vor jenem Tage die Aktenversendung stattgefunden hatte, die besondere Bestimmung getroffen, daß die Entscheidung von der Rechtsfakultät abzufassen und in der bisherigen Weise zu verkündigen sei. Es betraf aber die Verordnung vom 19. November 1866 nur die Nichtigkeitsbeschwerden in Strafsachen, und die Verordnung sub N° 6478 nur diejenigen Civilsachen, welche in der Instanz der Aktenversendung, sei es Behufs Abfassung der Entscheidung, sei es in Kraft der Revision bei dem Appellationsgerichte, anhängig waren.

Die zur Entscheidung über eine Ober-Appellation bei dem Ober-Appellationsgerichte anhängigen Sachen können von der Gesetzgebung nicht übersehen sein, es muß daher angenommen

Digitized by Google

werden, daß es in Ansehung ihrer bei der Regel verbleiben sollte. Dafür spricht auch noch der Umstand, daß in Strafsachen, sowie in denjenigen Civilsachen, welche die Verordnung sub N° 6478 behandelt, dem Appellationsgericht nur die fernere Beobachtung des bei demselben bisher geltend gewesenen Verfahrens vorgeschrieben wurde, während für das Ober-Tribunal die Ermächtigung und Verpflichtung, ein nicht von ihm selbst beschlossenes Urtheil zu verkündigen, etwas durchaus Neues, von dem gesetzlichen Verfahren bei demselben völlig Abweichendes gewesen sein würde.

In der Sache selbst ist der Hauptantrag des Ober-Appellanten dahin gerichtet,

> das stadtgerichtliche Erkenntniß vom 23. Februar v. J. aufzuheben, das klägerische Beweisthema, wie es in dem Appellations-Erkenntniß vom 10. Oktober 1864 normirt worden, nicht als bis zum Erfüllungseide erbracht zu erkennen, Verklagter daher bezüglich des fraglichen Beweissatzes zum Reinigungseide zuzulassen und Kläger im Ausschwörungsfall mit seiner Forderung von fl. 1984. 11 kr. unter Verurtheilung in alle Kosten 1. und 2. Instanz, soweit noch nicht anderweitig rechtskräftig über dieselben erkannt worden, abzuweisen,

und der eventuelle Antrag lautet:

> daß Kläger nicht zur Ausschwörung des Erfüllungseides in der vom Appellationsgerichte beliebten Weise zuzulassen, sondern Kläger lediglich das normirte Beweisthema, wie auch vom Stadtgerichte in seinem Bescheid vom 23. Februar v. J. verfügt, zu beschwören habe.

Beide Anträge erscheinen jedoch nicht begründet.

Durch das rechtskräftige Interlokut des Appellationsgerichts zu Frankfurt vom 10. Oktober 1864 wurde dem Kläger der Beweis auferlegt, „daß er im Auftrage des Verklagten, am 20. August 1863, 6000 Dollars 1882er amerikanische Obligationen zum Cours von 76¼ angekauft habe", und nach stattgehabter Beweisaufnahme in dem angegriffenen Erkenntniß vom 11. Mai v. J. der Erfüllungseid dahin gefaßt,

> daß er von dem Verklagten beauftragt worden, am 20. Au-

Digitized by Google

guſt 1863 6000 Dollars Amerikaniſche 6% 1882er Obligationen zu kaufen, daß er am genannten Tage dieſen Auftrag als Selbſtverkäufer ausgeführt und daß er bei dem von ihm in Ausführung dieſes Auftrags dem Verklagten berechneten Courſe von 76¼ den Börſenpreis von dieſem Tage eingehalten habe.

Das Reſultat der Beweisführung iſt von dem vorigen Richter richtig beurtheilt worden und die dagegen verſuchte Ausführung verfehlt.

Zunächſt iſt zu berückſichtigen, daß die Parteien in Geſchäfts-Verkehr ſtanden, und daß unter andern, wie der Auszug der Strazza ergibt und nicht beſtritten iſt, ein Poſten von fl. 10,000 in öſterreichiſchen 500-fl.-Looſen vom Kläger für den Verklagten am 2. Juli 1863 angekauft wurde. Das Hauptbeweismittel bilden die Handlungsbücher, deren Führung, ſoweit ſie vorgelegt worden, von der Gerichts-Commiſſion als ordnungsmäßig bezeichnet wird. Nach Art. 34 des Allgemeinen Deutſchen Handelsgeſetzbuchs liefern dieſelben bei Streitigkeiten über Handelsſachen unter Kaufleuten in der Regel einen unvollſtändigen Beweis, welcher durch Eid oder durch andere Beweismittel ergänzt werden kann. Dem richterlichen Ermeſſen iſt es jedoch unter Erwägung aller Umſtände geſtattet, dem Inhalt der Bücher ein größeres oder geringeres Maaß von Beweiskraft beizulegen.

Das Engagementbuch enthält nun den Eintrag:

6% 1882er Amerikaner abzuliefern.

1863.

Auguſt 20. 6000. Bügler — 76¼, vorgetragen fol. 13.
Septbr. 16. 6000. Bügler — 76¼, vorgetragen fol. 32.
Oktober 30. 6000. Bügler — 76¼, vorgetragen fol. 13 u. gebucht fol. 530 Strazza,

führt alſo an, daß am 20. Auguſt der Verklagte 6000 Dollars Amerikaner zum Courſe von 76¼ zu beziehen habe, was eine in deſſen Auftrag gemachte Anſchaffung unterſtellt. Mit Unrecht beſtreitet daher der Ober-Appellant, daß in den Handelsbüchern von einem Ankauf im Auguſt 1863 nirgends die Rede ſei. Die

Digitized by Google

späteren Eintragungen vom 16. September und 30. Oktober finden in den behaupteten Prolongationen, weil Verklagter nicht die Abnahme gemacht, ihre Erklärung, womit das Datum des Conto-Corrents, welches unter dem 12. November 1863 für bezahlte Effecten, fl. 11,930 notirt, übereinstimmt. Von einer Correctur in dem Engagementsbuche, welche der Ober-Appellant behauptet, geschieht in der Verhandlung der Gerichts-Commission vom 19. Januar v. J. keine Erwähnung, der Fall der Art. 32 und 35 des Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs liegt also nicht vor. Die Aussagen der Zeugen S. und Sch., wenngleich dieselben wegen ihres Dienstverhältnisses zum Kläger nicht auf volle Glaubwürdigkeit Anspruch machen können, dienen, wie der Appellationsrichter näher ausführt, den erwähnten Eintragungen immer zu einiger Unterstützung.

Die Strazze, welche gleichfalls unter dem 12. November 1863 für am 20. August gekaufte und bezogene 6000 Dollars Amerikaner die Summe von fl. 11,930 zum Soll des Verklagten aufführt, steht nicht im Widerspruch mit der jetzigen Behauptung des Klägers, daß er als Selbstverkäufer gehandelt habe, wie bereits in den Entscheidungsgründen des Urtheils des Ober-Appellationsgerichts zu Lübeck vom 19. Juli 1865*) bemerkt ist. An und für sich ist der Ankauf, welchen der Commissionair von einem Dritten im Auftrag des Committenten macht, unzweifelhaft ein von dem Selbstverkauf ganz verschiedenes Geschäft, allein, da nach Art. 360 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs durch das mit einem Dritten abgeschlossene Geschäft der Commissionair allein berechtigt und verpflichtet wird und nach Art. 376 der Committent befugt ist, den Commissionair selbst als Käufer oder Verkäufer in Anspruch zu nehmen, wenn dieser nicht eine andere Person als solchen namhaft macht, so ist die unrichtige Angabe in der Strazza „gekauft und bezogen" nicht als etwas Wesentliches zu betrachten, welches die Beweiskraft der Handelsbücher verringern könnte. Dasselbe gilt von den Angaben des Klägers in diesem Rechtsstreit, welche Anfangs auf einen Ankauf der Amerikanischen Papiere von einem Dritten gerichtet waren.

*) Siehe Kierulff'sche Sammlung, Band I, S. 781.

Digitized by Google

Wenn man ferner auch dem Kopirbuch, welches die am 20. Aug. 1863 dem Verklagten gemachte Anzeige von dem Ankauf der Amerikaner enthält, kein Gewicht beilegen will, weil dasselbe der Gerichts-Commission nicht vorgelegt und über die Art der Führung keine Auskunft gegeben ist, so reichen doch unter den obwaltenden Umständen die vorgelegten Beweise hin, um dem Kläger den Erfüllungseid aufzugeben, daß er den behaupteten Auftrag von dem Verklagten erhalten und am 20. August 1863 ausgeführt habe, und es bedarf keiner Erörterung, ob in der Erklärung des Verklagten, „daß er von Anfang an gegen den Ankauf protestirt habe", das Geständniß enthalten sei, daß er von dem bewirkten Ankauf sofort die Anzeige erhalten habe." —

Daß der Punkt wegen des Courses von 76¼ ebenfalls in den Erfüllungseid aufzunehmen sei, hat der Appellationsrichter genügend ausgeführt.

Was endlich die eventuelle Beschwerde betrifft, so steht die Fassung des Erfüllungseides im Einklang mit der Entscheidung des Oberappellationsgerichts zu Lübeck vom 19. Juli 1865, nach welcher der Kläger gemäß Art. 376 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs befugt war, die fraglichen Amerikaner selbst als Verkäufer zu liefern, was nach seiner Behauptung geschehen ist.

Die Interpretation, welche das Oberappellationsgericht dem Beweis-Interlokut vom 10. Oktober 1864 gegeben hat, ist rechtskräftig und mußte hiernach die Fassung des Eides erfolgen.

Demgemäß mußte das Appellationsurtheil vom 11. Mai 1866 bestätigt werden.

24.

W. F. Heuer und J. Dörr, Kläger gegen J. F. Baunach und Consorten, Beklagte, Vollzug eines Kaufvertrages über ein Grundstück betreffend.

1) Die Frage, ob die Baubehörde verlangen kann, daß ohne Entschädigung die Façade in die Baulinie vorgerückt und die Ecken abgestumpft werden, unterliegt der richterlichen Competenz, da solche Verfügungen der Baubehörde in die Privatrechtssphäre des Eigenthümers der Parzelle eingreifen.

Digitized by Google

2) Cap. II. §. 11 des Bauſtatuts: die Einhaltung der Straßenlinie iſt vorgeſchrieben bei Bebauung unbebauter Grundſtücke und beim Wiederaufbau abgeriſſener Gebäude (Cap. III. §. 1 und 2).

3) Umbau und Neubau: Letzterer nach Cap. III. §. 1 und 2 nur, wenn das Gebäude entweder neu aufgeführt oder von Grund auf neu hergeſtellt wird.

4) Eine dem Mandatar perſönlich innewohnende, aber bei Vermittlung des Geſchäfts in keiner Weiſe hervorgetretene Bekanntſchaft mit einem Thatumſtande, bleibt ohne Einfluß auf das Rechtsverhältniß der Parteien.

5) Die Entſchädigung für Abtretung der Ecken iſt nicht nach dem Expropriationsgeſetze, ſondern nach billigem Anſchlage (Cap. II. §. 11 des Bauſtatuts) zu bewirken.

6) Es liegt im Weſen des Maklergeſchäfts, daß der Makler im Laufe der Verhandlungen als Mandatar beider Parteien thätig iſt bis zum Abſchluß des Geſchäfts (Austauſch der Schlußzettel). Die Wirkſamkeit eines Vertrags iſt aus der Perſon des Mandatars zu beurtheilen und dem Mandanten nützt die eigene Unkunde nichts, wenn nur der Mandatar Kenntniß hatte.

Das Stadt-Gericht I. erkannte am 22. Februar 1865:

A. Kläger haben binnen 14 Tagen vorbehältlich des Gegenbeweiſes rechtsgenügend darzuthun:

a) daß die Mitbeklagten Schäfer und v. Hoven von ihnen, den Klägern, die Parzellen 1, 7 und 8 miterkauft haben;

b) daß das auf den Parzellen 1 und 7 befindliche Wohngebäude von ihnen dem Makler Simeons auf den Abbruch verkauft worden ſei;

oder

c) daß Beklagte bei Abſchluß des Interimskaufvertrags davon Kenntniß hatten, daß das fragliche Wohngebäude von den Klägern lediglich als zum Niederlegen beſtimmt verkauft worden war;

oder

d) daß Beklagte bei Abſchluß des Interimsvertrages darum gewußt haben, daß die Genehmigung der Herſtellung der Verbindungsſtraße durch den Rothen Hof Seitens des Senats von der Bedingung, daß mit dem vorhandenen Wohngebäude bis Ende 1864 in das Alignement der Junghofſtraße vorzurücken ſei, abhängig gemacht werden werde;

Digitized by Google

oder

e) daß Beklagte bei Ankauf der Parzellen 1 und 7 im Rothen Hofe die bestimmte Absicht gehabt haben, Neubauten auf denselben aufzuführen, auch seither diese Absicht nicht aufgegeben haben;

oder

f) daß die nach dem Durchbruche der Straße übrig verbleibenden Theile des auf den Parzellen 1 und 7 befindlichen Wohngebäudes nicht geeignet seien, um einen dem Preise des Platzes und den Baukosten entsprechenden Anbau herzustellen;

oder

g) daß das Bauamt die Vornahme der zu einem Umbau erforderlichen baulichen Herstellungen der nach dem Straßendurchbruche auf den Parzellen 1 und 7 übrig verbleibenden Gebäudetheile, von sich aus und abgesehen von der im Rathschluß vom 8. September 1863 enthaltenen Weisung, entstehenden Falles verweigert und den Beklagten das Vorrücken des Gebäudes in das Alignement der Junghofstraße rechtsbeständig aufgegeben haben würde;

ferner

h) daß Beklagte bei Abschluß des Interimskaufvertrages Kenntniß davon hatten, daß die an der Junghofstraße gelegene Parzelle l. q. r. s. den Verkäufern erst noch von der Stadt abgetreten werden werde;

ferner

i) daß Beklagte bei Abschluß dieses Vertrags darum gewußt haben, daß die Genehmigung der Verkehrstraße durch den Rothen Hof Seitens des Senats von der Bedingung abhängig gemacht werden werde, daß die Ecken der neuen Straße, bei deren Einmündung in die Junghofstraße, in eine gebrochene Ecke abzustumpfen, und der sich hiernach ergebende freie Straßenraum an die Stadt abzutreten sei;

Digitized by Google

oder

k) daß der durch Abtretung der Parzellen a. t. p. und o. w. q. für die Beklagten entstehenden Verlust an Terrain, sowie der in Folge der Abstumpfung der Ecken, für die Herstellung des Hauses entstehende Kostenaufwand durch die Vortheile aufgewogen würden, welche stumpfe Ecken dem Aeußeren des Hauses oder dessen innere Einrichtung bieten.

B. Beklagte und Widerkläger haben binnen vorzuberaumender Frist zu beweisen:

daß die Parzellen 1, 7 und 8 in Folge des Umstandes, daß die auf den Parzellen 1 und 7 nach dem Straßendurchbruche übrig verbleibenden Gebäudetheile niederzulegen und die Parzellen a. t. p. und o. w. q. unentgeltlich von den Beklagten abzutreten sind, im Vergleiche mit dem ursprünglichen Ankaufspreise von 66,000 fl. einen Minderwerth fl. 10,000 oder wie viel weniger haben.

Den Klägern und Widerbeklagten bleibt hiergegen der Gegenbeweis im Allgemeinen sowohl, wie insbesondere auch in der unter A. b. c. d. e. f. g. i und k angegebenen Richtung vorbehalten.

C. Je nach dem Ergebnisse des Beweisverfahrens soll weiter erkannt werden, was Rechtens.

Das Appellations-Gericht (Rechtsfacultät Bonn) erkannte am 3. November 1865:

daß das Urtheil des Stadt-Gerichts zwar im Uebrigen zu bestätigen, insoweit jedoch abzuändern ist, daß

I. die den Klägern sub A. g., und A. k., nachgelassenen Beweise und sub B., in dieser Richtung vorbehaltenen Gegenbeweise, sowie in dem Beweissatze sub A. c., die Worte: „auch seither diese Absicht nicht aufgegeben haben", aus dem Beweisinterlocut zu streichen sind.

II. Der Beweissatz sub A. b., folgendermaßen:

„daß von ihnen, den Klägern, dem Makler Simeons „erklärt worden sei, es seien die auf den Parzellen

„1 und 7 befindlichen Wohngebäude zum Zwecke des „Niederlegens verkauft"

zu fassen ist.

III. Die Kosten dieser Instanz werden mit Ausnahme der den Beklagten allein zur Last fallenden Kosten dieser Aktenversendung gegen einander aufgehoben.

Das Ober-Tribunal erkannte am 18. Juni 1867 auf beiderseitige Appellation:

daß das Urtheil des Appellationsgerichts zwar im Uebrigen zu bestätigen, insoweit jedoch auf die Ober-Appellation der Kläger abzuändern, daß der Beweissatz sub A. b. folgendermaßen:

„daß von dem Mitkläger Dörr dem Makler Simeons erklärt worden sei, es seien die auf den Parzellen 1 und 7 befindlichen Wohngebäude zum Zwecke des Niederlegens verkauft,"

zu fassen ist, sowie daß beide Parteien die gerichtlichen Kosten zu gleichen Theilen zu tragen haben und die außergerichtlichen zu kompensiren sind.

Gründe.

Zur Rechtfertigung der Hauptbeschwerde der Kläger, welche darauf gerichtet ist, daß nicht die Eheleute Baunach sofort, die Mitbeklagten Schäffer und v. Hoven vorbehältlich des Beweises der Passivlegitimation (sub lit. A. a.) nach dem Klagantrage verurtheilt wurden, sind im Wesentlichen die bereits in II. Instanz vorgetragenen, aus dem gewerblichen Charakter der Beklagten, aus der Bezeichnung der Kaufobjekte als Parzellen, sowie aus der Hinweisung des Interimskaufbriefs auf die nur erst projektirte Straßenanlage entnommenen Behauptungen und Gründe wiederholt worden. Diese Auseinandersetzungen haben indessen in dem angegriffenen Appellurtheile bereits eine so eingehende und zutreffende Würdigung gefunden, daß zu ihrer Widerlegung nur auf die Ausführungen dieses Urtheils zu verweisen ist.

Was sodann die Frage anlangt, ob, abgesehen von den durch

Digitized by Google

die Kläger der Stadtbehörde gegenüber übernommenen Verbindlichkeiten, die Beklagten auf Grund des Baustatuts der Stadt Frankfurt a. M. gesetzlich verpflichtet seien, beziehentlich durch die Baubehörde hätten angehalten werden können, ohne Entschädigung mit der Façade des ostwärts vom Straßendurchbruch gelegenen Gebäudes in die Baulinie vorzurücken und die Abstumpfung der Ecken vorzunehmen, so ist in dem Appellurtheile zunächst mit Recht die richterliche Competenz zur Entscheidung dieser Frage festgestellt worden. Diese Zuständigkeit kann vorliegend um so weniger zweifelhaft erscheinen, als es sich mit Rücksicht auf das in der Mitte liegende Abkommen zwischen den Klägern und der Stadtbehörde nur noch um die Frage der gesetzlich zu leistenden Entschädigung, nicht aber darum handelt, ob die betreffende Façade vorgerückt und die Ecken abgestumpft werden müssen. Denn die desfallsige Verfügung der Baubehörde würde, abgesehen von jenem Abkommen und unter der Voraussetzung, daß nicht eine ausdrückliche Bestimmung des Baustatuts die vertragsmäßig übernommene Verpflichtung statuirt, nicht eine bloße Verwaltungsmaßregel darstellen, sondern in die Privatrechtssphäre des Eigenthümers der fraglichen Parzelle eingreifen und darum der Rechtsweg hinsichtlich der Entschädigungsfrage unzweifelhaft offen stehen.

(Römer, Sammlung IV. 122.)

Was nun die in Rede stehende gesetzliche Verpflichtung selber anlangt, so ist die in Cap. II. §. 11 des Baustatuts enthaltene Vorschrift, daß künftig bei Errichtung neuer Gebäude die Straßenlinie genau eingehalten werden muß, sowohl nach der Natur der Sache, als nach der Bestimmung des Cap. III. §. 1 und 2 nicht blos bei der Bebauung bis heran unbebauter Grundstücke, sondern auch auf den Fall für anwendbar zu erachten, wo ein schon vorhandenes Gebäude abgerissen und wieder neu aufgebaut wird. Aus diesem Grunde bestreiten denn auch die Beklagten ihre gesetzliche Verpflichtung nicht, an der Stelle des abgerissenen Vierecks nach der neuen Straße hin eine neue Façade zu bauen und dieselbe in die Straßenlinie vorzurücken. Wenn nun aber die Kläger hieran die weitere Behauptung knüpfen, daß zur Verbindung dieser neuen Façade mit der des Wohn-

Digitized by Google

gebäudes auf Parcelle 1 in der Junghofstraße jedenfalls eine Stelle bebaut werden müsse, auf welcher jetzt kein Gebäude steht, — daß es sich hiernach aber bei jenem Unternehmen nicht mehr um einen bloßen Umbau, sondern um einen Neubau handle, und folgeweise die ganze dermalige Façade gesetzlich in die Straßenlinie der Junghofstraße vorgerückt, das betreffende Gebäude mithin niedergelegt werden müsse, so kann diese Argumentation in ihrer Allgemeinheit nicht als richtig anerkannt werden.

Für die praktische Unterscheidung von Reparatur und Neubau ist der Umstand, ob überhaupt etwas bisheran nicht vorhanden Gewesenes gebaut wird, nicht unbedingt entscheidend, weil andernfalls die bloße Verstärkung der Fundamente und Außenmauern einen Neubau constituiren würde, was mit dem Sprachgebrauch und der Natur der Sache nicht im Einklang steht. Von einem Neubau im Sinne des Baustatuts kann vielmehr nur die Rede sein, wenn nach den Worten des Cap. III. §. 1. 2 das betreffende Gebäude entweder neu aufgeführt oder von Grund aus neu hergestellt wird, nicht aber auch dann, wenn, wie in vorliegendem Falle, zur Verbindung einer neuen Façade mit einem schon bestehenden in seiner Straßenfaçade und seinem Einbau nicht zu verändernden Gebäude ein verhältnißmäßig unbedeutendes neues Mauerstück errichtet werden muß. Das Bauamt selber hat auch unverkennbar das Sachverhältniß in dieser Weise aufgefaßt, indem es durch Resolut vom 16. September 1863 den Klägern vertragsmäßig die Verbindlichkeit des Vorrückens im vorliegenden Fall auch dann auferlegt, „wenn nach den Bestimmungen des Baustatuts ein solches Vorrücken nicht geboten sein würde." Zur Begründung der Klage ist darum auch die ausdrückliche Behauptung aufgestellt worden, daß die Käufer sowohl durch den Mitkläger Dörr, als von anderer Seite mit den von der Behörde zu stellenden Bedingung bekannt gemacht worden seien, und diese Beweisführung kann denn auch nach dem Gesagten nicht entbehrt werden. Die Hauptbeschwerde der Kläger war daher als unbegründet zurückzuweisen.

Was nun die eventuellen Beschwerden derselben anlangt, so ist von denselben

Digitized by Google

ad 1 von Anfang an behauptet worden, daß die betreffenden Verhandlungen mit dem Makler Simeons nicht von beiden Klägern Dörr und Heuer, sondern von Ersterem im Namen und Auftrag des Letztern geführt worden seien. Es steht daher nichts entgegen diesen Beweissatz a. b., vorbehältlich der dagegen erhobenen allgemeinen Beschwerde der Beklagten gegen dessen Zulassung demgemäß zu formuliren, obgleich aus der angegriffenen Fassung desselben ein wirkliches Mißverständniß kaum hervorgehen kann.

Ad 2 ist der im Beweissatz a. c. hinter den Worten: „daß Beklagte" — beantragten Einschaltung der Worte „oder der Mäkler Simeons" — („davon Kenntniß hatten") nicht stattzugeben, weil eine dem Mandatar persönlich innwohnende, aber bei Vermittelung eines Geschäfts in keiner Weise hervorgetretene Bekanntschaft mit einem das Geschäft betreffenden Thatumstande ohne Einfluß auf das unter den Parteien begründete Rechtsverhältniß ist. Hiermit zerfällt denn auch die event. beantragte Verstellung der Beweissätze A. b. und d.

Die Beschwerde ad 3, daß im Beweissatz A. d. nicht den Worten: „daß die Beklagten gewußt haben" — zugesetzt worden sei: „oder als Spekulanten wissen konnten", kann nicht, wie versucht wird, durch die Ausführung gerechtfertigt werden, daß die von den Behörden den Klägern auferlegten Bedingungen solche seien, die regelmäßig in allen Fällen wiederkehrten. Denn diese an sich relevante Thatsache ist weder zum Beweise gestellt, noch auch von den Beklagten zugestanden, vielmehr unter Verweisung auf den von den Klägern selbst bei den Behörden eingereichten und gegen deren weitergehende Forderungen vertheidigten Parzellirungsplan bestritten worden. Da nun auch nach den Ausführungen zur Hauptbeschwerde das Vorrücken des Wohngebäudes in das Alignement der Junghofstraße nicht als eine schon durch das Baustatut begründete Verpflichtung anzusehen ist, so könnte selbst unter der Voraussetzung, daß die Beklagten, was sie leugnen, gewerbsmäßig Bauspekulationen treiben, von einer Fahrlässigkeit, deren Folgen sie zu tragen hätten, nicht die Rede sein, wenn sie die betreffende Auflage der Behörde nicht als eine sich von selbst verstehende betrachtet haben. — — —

Digitized by Google

Was die ad 5 erhobene Beschwerde wegen Nichtaufnahme des in der Gegenerklärung I. Instanz beantragten Beweises anlangt, so ist in den durch das Appellurtheil lediglich adoptirten Gründen des Urtheils I. Instanz mit Recht angenommen worden, daß aus der Darstellung der Kläger über die Vorgänge und Aeußerungen bei Abfassung des Interimskaufbriefes nur folgen würde, daß die Genehmigung des in Aussicht genommenen Straßenprojektes noch nicht gesichert, sondern vorbehalten sei, nicht aber auch, daß die Beklagten sich allen etwaigen, durch das Baustatut nicht gebotenen Auflagen der Behörden ohne jeden Anspruch auf die gesetzlich daraus erwachsenden Entschädigungsansprüche gegen die Stadtgemeinde oder gegen die Kläger unterworfen hätten, falls die letztern vertragsmäßig auf jede Entschädigung der Stadtgemeinde gegenüber Verzicht leisten möchten, um das durch die freie Mitwirkung der Behörde bedingte Straßenprojekt überhaupt zur Ausführung zu bringen. — — —

Die Beschwerde ad 7 wegen Nichtaufnahme der Worte, „daß die Beklagten bei Abschluß des Vertrages gewußt haben, oder als Speculanten wissen konnten, daß u. s. w." im Beweissatz A. i. ist unter Verweisung auf das ad A. d. Gesagte als unbegründet zu verwerfen, weil, wenn auch die Stadtbehörde die Abstumpfung der Ecken fordern konnte, die Kläger immerhin befugt waren, auf den hieraus nach Cap. II. §. 11 des Baustatuts erwachsenden Entschädigungsanspruch der Beklagten einseitig zu verzichten.

Die in der 8ten Beschwerde angegriffene Nichtberücksichtigung des klägerischen Vorbringens in der Replik ist in dem Appellurtheil im Allgemeinen zutreffend motivirt worden. Die Behauptung der Kläger, daß von der für die Expropriation der Ecken zu leistenden Entschädigung nach dem Entäußerungsgesetze der Mehrwerth abzuziehen sei, den die verbleibenden Gebäudetheile dadurch erhielten, entbehrt der Begründung, vielmehr ist diese Entschädigung nach der Bestimmung des Baustatuts in Cap. II. §. 11 lediglich nach einem billigen Anschlage zu bewirken. Völlig unerheblich aber ist die von den Klägern noch hervorgehobene Eventualität, daß die Straßenlinie und die Abstumpfung der Ecken vielleicht nur darum, wie geschehen, bestimmt worden sei, weil das Terrain die Stadt nichts kosten solle.

Digitized by Google

Denn wenn dieſe, das ganze vorerörterte Syſtem der Kläger zerſtörende Eventualität zutreffend ſein möchte, dann iſt jedenfalls das einſeitige Handeln der Kläger die alleinige Urſache dieſer Sachlage, und ſie haben daher deren Folgen zu tragen. — — —

Was ſodann die Beſchwerde der Beklagten und Wiederkläger anlangt, ſo iſt dieſelbe darauf gerichtet, daß den Klägern die Beweiſe sub A. a., b. und f. nachgelaſſen, resp. als Gegenbeweiſe vorbehalten worden ſind. Die zur Rechtfertigung der Beſchwerde ad a. reproducirten Gründe der II. Inſtanz haben bereits ihre Widerlegung in dem angegriffenen Urtheile erhalten. Wenn gegenwärtig weiterhin behauptet wird, daß ſelbſt dann, wenn bei dem urſprünglichen Vertragsabſchluſſe alle drei Mitbeklagten als Käufer aufgetreten wären, aber, wie vorliegend, bei Unterzeichnung des Interimsvertrages nur die Eheleute Baunach als Käufer erſchienen ſeien, die Verkäufer ihre Rechte gegen Schäffer und v. Hoven ausdrücklich vorbehalten müſſen, um die Vermuthung des Verzichts auszuſchließen, ſo kann auch dieſe Ausführung nicht als richtig anerkannt werden. Denn wenn der den Klägern auferlegte Beweis geführt wird, daß die Mitbeklagten Schäffer und v. Hoven gemeinſchaftlich mit den Eheleuten Baunach von den Klägern die Parzellen 1, 7 und 8 miterkauft haben, dann ſteht der präſumtiv aus bloßen Zweckmäßigkeitsgründen auf den Namen der Eheleute Baunach allein geſtellte Interimskaufbrief der Geltendmachung der aus jenem Ankauf erwachſenden Rechte gegen jene Mitkäufer nicht im Wege, weil Verzichte an ſich nicht vermuthet werden und weil darum eine desfallſige Vermuthung nicht erſt durch einen ausdrücklichen Vorbehalt ausgeſchloſſen werden mußte.

Die zweite Beſchwerde der Beklagten iſt gegen den den Klägern in I. Inſtanz nachgelaſſenen, im Appellurtheil aber modifizirten Beweis A. b. gerichtet, daß von den Klägern dem Makler Simeons erklärt worden ſei, es ſeien die auf den Parzellen 1 und 7 befindlichen Wohngebäude zum Zwecke des Niederlegens verkauft. Zur Rechtfertigung der Beſchwerden wird zunächſt ausgeführt, der Mitkläger Dörr habe ſich zuerſt des Simeons als Makler und Zwiſchenhändler bedient, indem er ihm Objekt, Preis und Bedingungen des Kauf-

Digitized by Google

geschäfts mitgetheilt; darum sei Simeons bis zum Schluß des Geschäfts hinsichtlich aller Essentialien desselben als Mandatar der Kläger anzusehen und diesen verantwortlich, wenn er eine ihm gestellte Bedingung den Käufern verschwiegen, diese Käufer aber seien an die verschwiegenen Bedingungen nicht gebunden; — wollte man aber auch annehmen, der Makler Simeons sei im Laufe der Verhandlungen als Mandatar beider Parteien thätig gewesen: so gelte dies für die Beklagten doch nur hinsichtlich ihrer Gegenpropositionen, d. h. der Zahlungs-Bedingungen, nicht auch hinsichtlich der Frage des Abbruchs der Gebäude.

Mit Recht ist nun aber in dem Appellurtheile hinsichtlich der Frage, ob die Beklagten die von den Klägern behauptete Kenntniß des Simeons davon, daß die auf den Parzellen 1 und 7 befindlichen Gebäude als zum Abbruch bestimmt verkauft würden, gegen sich gelten lassen müssen, davon ausgegangen worden, daß es nicht darauf ankomme, ob Simeons beim Beginne der Verhandlungen über das Kaufgeschäft von den Klägern oder von den Beklagten beauftragt war (was jeder der streitenden Theile für sich bestreitet und was die Beklagten ohne Beweis, also mit Unrecht von den Klägern behaupten) oder ob Simeons sich aus eigener Bewegung der Vermittelung des Geschäfts unterzogen hat, indem er sich von den Klägern, wie diese behaupten, den Parzellirungsplan und die Kaufbedingungen erbat. Denn es liegt in dem Wesen des Maklergeschäftes, daß der Makler im Laufe der Verhandlungen als Mandatar beider Parteien thätig ist, sofern dieselben sich beiderseitig seiner Vermittelung bis zum Abschlusse des Geschäftes — vorliegend bis zum Austausche des Schlußzettels — bedienen. Es trifft daher hier die im Appellurtheil unter Bezugnahme auf die citirten Gesetzesstellen hervorgehobene Rechtsregel zu, daß die Wirksamkeit eines Vertrages aus der Person des Mandatars zu beurtheilen ist und dem Mandanten die eigene Unkunde nichts nutzt, wenn nur der Mandatar Kenntniß hatte. Noch weniger ist es zulässig, hinsichtlich der Preisbestimmung und der anderweiten Essentialien des Kaufgeschäfts zu unterscheiden, indem diese letzteren jene Eigenschaft gleichmäßig für beide Parteien haben. Vorliegend ist denn auch von beiden Parteien dem Simeons

Digitized by Google

Courtage gezahlt, derselbe also beiderseitig als Vermittler anerkannt worden, die Relevanz des nachgelassenen Beweises mithin nicht zu bezweifeln.

In der 3. Beschwerde der Beklagten wird die Streichung des sub A. f. den Klägern nachgelassenen Beweises beantragt, daß die nach dem Durchbruch der Straße übrig bleibenden Theile des auf den Parzellen 1 und 7 befindlichen Wohngebäudes nicht geeignet seien, um einen dem Preise des Platzes und den Kosten entsprechenden Anbau herzustellen.

Die Beklagten wenden gegen diesen Beweissatz vergeblich ein, daß sie gesetzlich nicht zum Niederreißen und zum Vorrücken in die Straßenlinie verpflichtet seien, — daß die Kläger mithin Entschädigung für die desfalls der Stadtgemeinde gegenüber übernommene Verpflichtung leisten müßten und daß für die Höhe dieser Entschädigung allein entscheidend sei, welchen Werth die qu. Gebäudetheile hätten, wenn sie zu einem Wohnhause hergerichtet werden dürften, Denn dieser Werth kann immerhin nur dadurch festgestellt werden, daß zunächst die zur Herstellung jenes Wohnhauses erforderlichen Kosten ermittelt, sodann mittelst Hinzurechnung des zu zahlenden Kaufpreises der volle Kostenbetrag des hergestellten Wohnhauses berechnet und schließlich der Ertrags- oder Kaufwerth dieses Wohnhauses festgestellt wird. Wenn sich alsdann aus dieser Gesammtberechnung ergibt, daß der Werth des reparirten Wohnhauses den bezeichneten Kosten nicht entspricht oder sie nur um einen bestimmten Betrag übersteigt, dann ist hiermit zugleich die Werthlosigkeit, beziehentlich der Werth der betreffenden Gebäudetheile zum Zweck eines Reparaturbaues festgestellt. Der hier in Rede stehende Beweissatz ist nur auf Feststellung dieser Thatsachen gerichtet, mithin seine Erheblichkeit zur Beurtheilung der Seitens der Beklagten sowohl excipiendo, als reconveniendo geforderten Entschädigung von fl. 10,000 für die von den Klägern übernommene Niederlegung der Gebäudereste nicht zu bezweifeln. Die von den Beklagten noch hervorgehobenen Schwierigkeiten der Kosten- und Ertragsberechnungen des Reparaturbaues sind nicht zutreffend, weil bei Schadensermittlungen, abgesehen von besondern hier nicht vorliegenden Momenten, nur die gewöhnlichen

Digitized by Google

Verhältnisse ins Auge zu fassen sind, und diese bei Aufnahme und Beurtheilung des Beweises und Gegenbeweises zur Geltung gelangen werden.

Mit Rücksicht auf das gegenseitige Unterliegen der Parteien und die materielle Unerheblichkeit der ad 1 erfolgten Abänderung des Beweissatzes A. b. war hinsichtlich der Kosten wie geschehen zu erkennen.

25.

C. A. F. W. v. Holzhausen, Kläger gegen Metzgermeister Jung, Söllner, Kröcker und Hartmann, Beklagte und die Geschwornen des Metzgerhandwerks, Intervenienten, Weiderecht betr.

1) Der durch Zeugen geführte Beweis der im Glauben an ein Recht geschehenen Beweidung genügt zum Quasi-Besitz der Servitut; der Richter darf aus der thatsächlichen Uebung eines Rechts auf den Willen, dasselbe als Recht auszuüben, schließen.
2) Mala fides kann nicht gefolgert werden daraus, daß sich Urkunden im Besitze der eine Servitut Ausübenden befinden, welche das Bewußtsein des Mangels eines Rechtes begründen, wenn diese Urkunden den Ausübenden unbekannt geblieben; ebensowenig aus Grenzsteinen, wenn deren Bestimmung als Grenze des Hutrechts unbekannt geblieben; durch den Nachweis des animus juris ist noch nicht die Abwesenheit der mala fides dargethan.
3) Prüfung, wer zum Eide legitimirt ist; nicht die Geschwornen der 1864 erloschenen Zunft müssen schwören, sondern die Genossenschaft der Metzger muß 3 Personen erwählen, welche den Eid leisten.
4) Prüfung des Einflusses des Gesetzes vom 12. Januar 1864 über die Berechtigung zum Gewerbebetrieb auf die Rechtsverhältnisse der Innungen.

Nach dem durch das Urtheil des Oberappellationsgerichts zu Lübeck vom 30. Juli 1863*) rechtskräftig festgestellten Beweisthema haben Beklagte, — welche Bezeichnung die Intervenienten, sofern diese nicht besonders erwähnt werden, mitbegreift — den Beweis zu führen,

> daß die Hammelmetzger während eines nicht über das Jahr 1812 zurückgehenden zehnjährigen Zeitraumes die westlich der vorhandenen, von dem südöstlichen Ende des Ackers N° 92 anfangend quer durch das Feld nach der Wiese N° 226 hinlaufenden ausgesteinten Weidegrenze belegenen Baufeldes, in

*) Vereinssammlung, Band VIII S. 20.

Digitized by Google

der Absicht, ein ihnen dieserhalb zustehendes Recht auszuüben, mit ihren Hämmeln beweidet haben, beziehungsweise durch ihren dazu beauftragten Schäfer haben beweiden lassen.

Zu diesem Beweissatze ist dem Kläger der Beweis seiner Replik vorbehalten worden,

daß die Behütung der fraglichen Grundstücke von Seiten der Metzger, beziehentlich deren Schäfers, heimlich oder nur vergünstigungsweise oder doch in bösem Glauben stattgefunden habe.

Das Stadtgericht ging im Erkenntnisse vom 5. Juni 1865 von folgenden Erwägungen aus: die Beklagten hätten den ihnen nachgelassenen Beweis durch Zeugen, welche nicht nur die etwa fünfzigjährige ununterbrochene offene Beweidung, sondern auch den animus juris dargethan, bis zum Erfüllungseide, erbracht, wogegen der dem Kläger vorbehaltene Beweis nicht erbracht sei, sonach nur der Schiedseid erübrige: die Ableistung des Schiedseids könne aber den Beklagten darum nicht angesonnen werden, weil, wenn dieselben den zur Ergänzung ihres Einredebeweises nothwendigen Erfüllungseid ableisten, damit jedenfalls auch der Gegenbeweis gegen den von dem Kläger geführten Beweis erbracht sei. Der Kläger habe nämlich durchaus kein Recht zu verlangen, daß von den Beklagten noch weitere Thatumstände als diejenigen, welche der dem Kläger vorbehaltene Beweis umfaßt, beschworen werden, und erscheine er ebensowenig befugt diese Eidesleistung anderen Personen als den Beklagten anzusinnen. Die Eidesleistung habe nur von den ursprünglichen vier Beklagten sowie von den dem Rechtsstreite beigetretenen Metzger-Geschwornen als damaligen Vertretern des Metzgerhandwerks zu erfolgen.

Das Appellationsgericht bestätigte im Urtheil vom 20. Nov. 1865, daß die Behütung im Auftrag der Beklagten und der animus juris bis zur Erkennung des Erfüllungseides erwiesen seien, dagegen der Kläger den Beweis der mala fides der Beklagten nicht erbracht habe; die Entscheidungsgründe lauten:

Wenn Kläger geltend macht, daß Angesichts des von der Metzgerinnung abgeschlossenen Brachaufhebungsvertrages vom Jahre 1809,

Digitized by Google

der vorhandenen, ihrer Bedeutung nach unzweifelhaften ausgesteinten Weidegrenze, sowie der geständiger Maßen im Besitz der Innung befindlichen Orginalkarte des Geometers Bunsen ein animus juris der Metzger bei Ausübung der ihnen nicht competirenden Hut rechtlich undenkbar und darum geradezu unerweisbar, auch factisch um deßwillen für nicht erwiesen zu erachten sei, weil die Beklagten es an dem Nachweise ihrer bona fides bezüglich ihres Glaubens an das vermeintliche Recht hätten fehlen lassen, so genügt zur Widerlegung alles dessen die kurze Bemerkung, daß die Gerichte der drei Instanzen nicht wie geschehen, den Beklagten den in Rede stehenden Beweis hätten nachlassen können, wenn, wie Kläger erwähnt, das zu erweisende Factum, der animus juris der Beklagten, durch die bezeichneten, ihrer ganzen Bedeutung nach schon damals actenmäßig vorgelegenen drei Momente — Vertrag, ausgesteinte Grenze und Karte — a priori ausgeschlossen wäre, und daß nach dem klaren Inhalt des oberappellationsgerichtlichen Erkenntnisses vom 30. Juni 1863 nicht den Beklagten der Beweis ihres bona fides obliegt, sondern nur dem Kläger der Nachweis ihrer mala fides verstattet worden ist. Diesen Beweis hat nun zwar Kläger zu führen versucht, allein offenbar ohne Erfolg, denn daß mit dem Nachweis der objectiven Widerrechtlichkeit der stattgehabten Behütung nicht auch zugleich das rein subjective Moment des bösen Glaubens der Contravenienten gegeben und klargestellt erscheint, daß es vielmehr hierzu des Nachweises des Bewußtseins der Widerrechtlichkeit auf Seiten der Metzger bedurft hätte, leuchtet ein. In dieser entscheidenden Beziehung ist aber Kläger jeden erheblichen Beweis schuldig geblieben.

Es läßt nämlich der allein in Betracht kommende Umstand, daß ein Exemplar des Brachaufhebungsvertrags vom Jahr 1809 und der Bunsen'schen Karte sich im Besitz resp. im Archiv der Metzgerinnung befunden, auch die ausgesteinte Grenze allezeit vorhanden und sichtbar gewesen, noch keinerlei sicheren Schluß dahin zu, daß die Mitglieder des Metzgerhandwerks als sie die durch den erwähnten Vertrag ihrer Hut allerdings entzogenen Baufelder von ihren Hämmeln beweiden ließen, sich der mangelnden Berechtigung hierzu, der Widerrechtlichkeit ihres Vorgehens bewußt gewesen. Die Erfahrung des

Digitized by Google

Lebens bestätigt es hinreichend, wie leicht im Verlaufe der Jahre vertragsmäßige Abmachungen, wie die in Rede stehenden, in Vergessenheit gerathen, nach dem Absterben der ursprünglichen Contrahenten, dem Bewußtsein der nachfolgenden Generation entschwinden, wie die Bedeutung von Marksteinen gleich der mehrerwähnten Steingrenze, verloren geht und Urkunden, die Rechtsverhältnisse für alle Zeiten festsetzen und sicher stellen sollten, in den Archiven ungekannt ungeahndet vergilben und modern, wie am Ende, selbst unter den Interessenten, Anschauungen Geltung erlangen, die weit von dem abweichen, was einstmals verabredet und festgestellt worden. So kann es denn auch an sich nicht auffallend erscheinen, wenn unter den Mitgliedern des Metzgerhandwerks nach und nach eine dem urkundlichen Recht widerstreitende Ansicht bezüglich der Weideberechtigung der Innung auf dem in Frage stehenden Gelände platzgegriffen. Der Vertrag vom Jahr 1809 sammt der in dessen Vollziehung von Geometer Bunsen ausgearbeiteten Karte, wie das Stadtgericht sich ausdrückt, in den Archiven der Innung verschollen und die Bedeutung der ausgesteinten Weidegrenze zum Vortheil des Handwerks fast fast geradezu in ihr Gegentheil verkehrt worden ist. Geben doch zu allem dem Kläger und seine Vorfahren sammt ihrem Pächter Eberhard Felber einen schlagenden Beleg. Denn wenn Erstere die Mithut der Metzger auf dem streitigen Gelände bis zum Jahr 1858 unbeanstandet geduldet und Letzterer dem Zeugen Maurer sogar das Recht der Metzger zur Behütung jener Baufelder bestätigt hat, so geschah dies schwerlich aus bewußter Rücksichtnahme auf das Interesse des Metzgerhandwerks oder gar der hiesigen Bürger- und Einwohnerschaft um diese, wie es im Art. II. des Brachaufhebungsvertrags heißt „mit gesundem und wohlfeilem Hammelfleisch in den gehörigen Zeiten zu versehen", sondern sicherlich aus Unkenntniß des vertragsmäßigen Rechtszustandes und in dem irrigen Glauben an die Berechtigung des Metzgerhandwerks!

Daß aber das Vorhandensein der das fragliche Rechtsverhältniß bezielenden Urkunden in den Archiven der Metzgerinnung, soweit die Erinnerung der hochbetagten Zeugen Götz, Söllner und Malcomesius reicht, den Mitgliedern des Metzgerhandwerks unbekannt gewesen, ist

Digitized by Google

gegenbeweislich durch die Aussagen der genannten Zeugen außer Zweifel gestellt, und ebenso ergibt sich aus deren Depositionen in Verbindung mit den Angaben des Zeugen Maurer der Mangel jedes richtigen Verständnisses für die Bedeutung der ausgesteinten Grenze.

Ist hiernach der klägerische Gegenbeweis bezüglich der angeblichen mala fides der Beklagten mißlungen, so ist er dies auch in soweit, als es sich dabei um die Thatsache der angeblich heimlich oder vergünstigungsweise ausgeübten Hut gehandelt. — — —

Dagegen könnte allerdings die Frage entstehen, ob nicht den Beklagten neben dem, bezüglich des erwähnten Beweissatzes ihnen obliegenden Erfüllungseide, annoch die Ableistung des Schiedseides bezüglich der negative des klägerischen Replikenbeweises anzusinnen sei. Diese Frage ist jedoch zu verneinen. Zwar nicht aus dem von dem Stadtgericht dafür angegebenen Grunde, weil mit der durch den Erfüllungseid der Beklagten hergestellten Wahrheit des Hauptbeweissatzes zugleich die Unwahrheit des Replikenbeweisthemas, mit dem Nachweis des animus juris implicite die Abwesenheit der mala fides auf Seiten der Metzger dargethan sei, wohl aber um deßwillen, weil alle diejenigen, an sich relevanten Thatsachen, über welche Kläger den Schiedseid deferirt hat, gegenbeweislich durch die Aussagen der vernommenen Zeugen, wie ausgeführt, bereits derart klargestellt sind, daß es eines Eides von Seiten der Beklagten in dieser Beziehung nicht mehr bedarf. — — —

Die ursprünglichen Beklagten haben dem Anspruche Klägers nicht ein ihnen persönlich zustehendes, vielmehr das der Metzger-Innung competirende Recht auf Beweidung der fraglichen Felder entgegengesetzt. Die Metzgerinnung, vertreten durch ihre damaligen Geschwornen, ist ihrerseits interveniendo in den Streit eingetreten und hat, im Anschluß an die Rechtsvertheidigung der Beklagten und in Verbindung mit denselben, ihr fragliches Hutrecht dem Kläger gegenüber zur Geltung gebracht. Die Zulässigkeit dieser Intervention ist klägerischer Seits nicht bestritten worden. Die Metzger-Innung, indem sie freiwillig die Rolle des accessorischen Intervenienten übernommen, ist damit Partei in diesem Rechtsstreit geworden, dessen schließlicher Entscheid auch für sie res judicata bilden wird.

Digitized by Google

Die Beklagten, deren schon früher gemachter Versuch, sich in Folge der Intervention des Handwerks aus dem Streite herauszuziehen, durch Erkenntnisse des Stadtgerichts vom 13. December 1861 und des Appellations-Gerichts vom 24. März 1862 rechtskräftig zurückgewiesen worden ist, und die Intervenienten erscheinen hiernach, weil sie gleichmäßig an dem von ihnen gemeinsam vertheidigten Streitobject (dem fraglichen Weiderecht) betheiligt sind, als wahre Litisconsorten.

Da das Recht, um welches es sich handelt, seiner Natur nach ein untheilbares ist, nur bezüglich theilbarer Streitobjecte aber die Regel gibt, daß sämmtliche Litisconsorten, jeder für seinen Antheil, den erforderlichen Eid zu leisten haben,

Glück, Commentar, Bd. 12, S. 277,
Bayer, Vorträge, Bd. II, S. 880.
Römer, Sammlung, Bd. II, S. 564,

so liegt eine rechtliche Nothwendigkeit, die ursprünglichen Beklagten neben den Intervenienten zur Eidesleistung heranzuziehen, dermalen nicht vor. Es muß aber vollständig genügen, wenn nur die Intervenienten, als Vertreter des eigentlichen Subjectes des fraglichen Rechtes, den erforderlichen Eid leisten, weil der damit hergestellte volle Beweis dieses Rechtes den Beklagten als Mitgliedern der Metzger-Innung implicite und ohne daß es erst noch ihrer Eidesleistung bedurfte, mit zu Gute kommt.

Vergl. Schmid, Handbuch des gem. deutschen Civilprozesses, Bd. II. S. 336.

Sind hiernach die Beklagten ihrem mittelst der 2ten Beschwerde gestellten Antrag gemäß von dem auch ihnen auferlegten Eid zu entbinden und ist die Ableistung dieses Eides auf die Intervenienten zu beschränken, so entsteht doch hierbei die, ex officio zu prüfende Frage, ob die als Vertreter des Metzgerhandwerks aufgetretenen Geschwornen des Jahres 1858 zu solcher Eidesleistung legitimirt zu erachten sind?

Diese Frage ist zu verneinen. Denn da in Folge des Gesetzes vom 18. Januar 1864 die Metzger-Innung als solche zu bestehen aufgehört hat, so sind damit die Functionen der ehemaligen Ge-

Digitized by Google

schwornen von selber erloschen, und können daher die Intervenienten nicht als die Vertreter der an Stelle der Metzger-Innung getretenen, aus deren Mitglieder bestehenden Genossenschaft des Metzgerhandwerks betrachtet werden. Letztere, als die nunmehrige Trägerin des bestrittenen Weiderechts und der eigentlich schwurpflichtige Theil hat daher zunächst diejenigen Personen aus ihrer Mitte zu erwählen und zu den Akten zu legitimiren, welche für sie den erforderlichen Eid zu leisten haben, vorbehältlich des Rechtes des Klägers gegen die Person der Gewählten rechtsbegründeten Einwand zu erheben.

Vergl. Seuffert, Archiv, Bd. 12, S. 101, Bd. 15, N° 86, Bd. 8, N° 188.

In diesem Sinn ist daher geeignete Verfügung zu erlassen, womit zugleich einem in ähnlicher Richtung sich bewegenden Verlangen Klägers Genüge geschieht.

Die 3te Beschwerde ist gleichfalls begründet. Denn da die klägerische Schadensforderung nur gegen die ursprünglichen Beklagten, nicht aber gegen das in den Streit eingetretene Metzgerhandwerk gerichtet worden ist, so kann die eventuelle Verurtheilung in dieser Beziehung auch nur gegen die ursprünglichen Beklagten allein ausgesprochen werden.

Aus diesen Gründen wird, unter Verwerfung der sämmtlichen vom Kläger erhobenen, sowie der 1ten beklagtischen Beschwerde, zu Recht erkannt, wie folgt:

I. Das stadtgerichtliche Erkenntniß wird im Uebrigen bestätigt, jedoch dahin abgeändert,

A. daß die Beklagten mit der Ableistung des ihnen angesonnenen Erfüllungseides zu verschonen sind;

B. daß die aus den Mitgliedern der ehemaligen Metzger-Innung bestehende Genossenschaft des Metzgerhandwerkes binnen vorzuberaumender Frist, bei Meidung der Sachfälligkeit, aus ihrer Mitte drei Personen zu erwählen und zu den Acten zu legitimiren hat, welche an ihrer Statt und für sie in anderweit vorzuberaumender Tagfahrt, bei Strafe der Eidesweigerung, zu schwören haben:

„daß die Hammelmetzger während eines in die Zeit von

Digitized by Google

1812 bis 1858 fallenden zehnjährigen Zeitraums die westlich der im appellationsgerichtlichen Erkenntnisse vom 24. März 1862 sub I. 1. erwähnten Weidegrenze belegenen Baufelder in der Absicht, ein ihnen dieserhalb zustehendes Recht auszuüben mit ihren Hämmeln beweidet haben, bezw. durch ihre dazu beauftragten Schäfer haben beweiden lassen" —

welchen Falles es bei der im Abschnitt I des stadtgerichtlichen Erkenntnisses verfügten Klagabweisung und Verurtheilung Klägers zum Kostenersatz sein Bewenden behält;

C. daß dagegen im Falle der unterbleibenden Ableistung des vorstehenden Eides den Beklagten und den Intervenienten das Recht, die vorerwähnten Felder mit ihren Hämmeln zu behüten, aberkannt, dieselben zum Ersatz der dem Kläger entstandenen Streitkosten, soweit darüber noch nicht bereits verfügt worden, schuldig, auch die Beklagten insbesondere verurtheilt sein sollen, den Kläger den durch die Behütung der gedachten Felder verursachten Schaden, nach vorgängiger Liquidation zu ersetzen. — —

Das Obertribunal bestätigte am 25. Juni 1867 dieses Erkenntniß.

Aus den Gründen:

Die thatsächliche öffentliche Beweidung der zwischen der ausgesteinten Weidegrenze und dem Hellerhofe gelegenen Grundstücke seit 1814 bis zur Zeit der Erhebung der vorliegenden Klage (1858) ist durch die eidlichen Zeugnisse des als Feldschützen-Rottmeister zur Ablegung eines solchen besonders befähigten R. und der Metzgermeister G. und M., welche früher mehrmals zu den Geschwornen des Metzgerhandwerks gehörten, sowie durch die Unterstützung ihrer Aussagen in diesem Punkte durch die klägerischen Zeugen, auch abgesehen von den übrigen Beweismitteln, zur Genüge dargethan. Kläger selbst stellt auch weniger die äußere Thatsache jener Weideausübung in Abrede; er bestreitet hauptsächlich, daß die Absicht der Metzger dahin gegangen sei, ein ihnen zustehendes Recht auszuüben. Allein auch diese Absicht ist von den Vorderrichtern aus zutreffen-

Digitized by Google

den Gründen insoweit für erwiesen angenommen worden, daß der Eid der Verklagten Partei diesen Beweis erfüllen kann.

Die beiden genannten hochbetagten Metzgermeister, die ein unmittelbares Interesse an der Sache nicht haben und deßhalb durch den Bescheid des Appellationsgerichts vom 15. Juni 1864 als fähige, wenngleich nicht völlig einwandfreie Zeugen zugelassen sind, bekunden direct, daß sie und die Metzger überhaupt die fragliche Weide in dem Glauben an ihr Recht dazu ausgeübt haben. Um die thatsächliche Beweidung der betreffenden Grundstücke als einen Quasibesitz der Hutgerechtigkeit, insbesondere der streitigen Koppelhut zu qualificiren, ist nach dem Vorbescheide des Ober-Appellationsgerichts vom 30. Juni 1863 ein Mehreres nicht erfordert worden, und nach der Analogie des Römischen Servitutenbesitzes nicht erforderlich. Die Gegensätze, wodurch in l. 25 D. Quemadmodum serv. am. (8. 6.) l. §. §. 6. 7 D. de itinere (43. 19.) l. 7. eod. der Rechtsbesitz und ein demselben blos äußerlich entsprechender Zustand erläutert werden, weisen zugleich darauf hin, daß der Richter in Ermangelung bestimmter positiver Beweismittel für oder gegen den animus juris aus der thatsächlichen Uebung eines Rechts auf den Willen, dasselbe als Recht auszuüben, mit Rücksicht auf die Umstände zu schließen berechtigt ist. Mit Recht hat deßhalb der Appellationsrichter bei Prüfung des Beweises über den animus juris der Metzger bei Ausübung der Hut auf die Oeffentlichkeit und die lange Dauer derselben, sowie darauf Gewicht gelegt, daß die Zeugen jeglichen Umstand, welcher die Metzger auf einen anderen Gedanken, als denjenigen an ein Hutrecht, hätte bringen können, z. B. einen Einspruch, oder eine Erlaubniß, verneint haben. — —

Das Verhältniß der Zeugen G. und M. zu den Verklagten und die jedenfalls nicht anzunehmende vollständige Glaubwürdigkeit des Zeugen M., sowie die unvollkommene Sicherheit, welche dem im Uebrigen aus Schlußfolgerungen geschöpften Beweise als solchen anklebt, konnte nur dahin führen, noch einen Erfüllungseid zu erfordern. Die dagegen gerichtete erste Beschwerde der Verklagten war daher zu verwerfen.

Ebenso unbegründet ist die Beschwerde des Klägers darüber, daß der ihm nachgelassene Beweis der mala fides der Verklagten,

Digitized by Google

nicht für erbracht angenommen worden ist. Denn was Kläger in dieser Beziehung in den vorigen Instanzen geltend gemacht, hat in den Erkenntnissen des Stadtgerichts und des Appellationsgerichts eine durchgreifende Würdigung gefunden, und was er darüber in gegenwärtiger Instanz vorbringt, ist theils aktenwidrig, theils unzulässig, überall unerheblich. Kläger greift zunächst die Ausführung des vorigen Richters an, daß aus der Existenz des Vertrages von 1819 und der Absteinungskarte des Geometers Bunsen in Archive der Metzgerinnung das Bewußtsein der Mitglieder desselben von dem Mangel ihrer Berechtigung noch nicht folge, indem er noch hinzufügt, Verklagte hätten nicht einmal behauptet, was der Appellationsrichter unterstelle, nämlich, daß ihnen jene Beweisurkunden für das klägerische Recht unbekannt geblieben seien. Ist nun auch nicht gerade diese Behauptung im ersten Instanzenzuge von verklagter Seite aufgestellt, sondern in der Klagebeantwortung und der Duplik, sowie in der Erklärung auf den Replikenbeweis nur die dem Vergleiche von 1809 beigelegte Bedeutung bestritten worden, so enthielt doch schon die erstere die ausdrückliche Behauptung, daß die Bunsen'sche Karte, deren Beweiskraft und Erheblichkeit in Abrede gestellt wurde, erst jetzt im Archiv des Metzgerhandwerks sich vorgefunden habe, und die folgenden Schriftstücke der Verklagten erklärten dieselbe nebst der Aussteinung nur für ein Project und die Grenzsteine selbst als bis zur Einleitung des vorliegenden Prozesses unsichtbar und unkenntbar. Eine Veranlassung zur Erklärung darüber, ob und wie lange der Vergleich vom 11. September 1809, die Karte und die Steine den Verklagten bekannt gewesen, trat für sie erst dann hervor, als die ursprüngliche Bedeutung derselben zu Gunsten des Klägers urtheilsmäßig festgestellt und ihnen der Beweis der Ersitzung des Weiderechts nach 1812 auferlegt war und auch dann nicht sowohl zur Erledigung ihrer Beweislast, daß sie animo juris die Weide ausgeübt hätten, was sie trotz des Bewußtseins entgegenstehender Verträge konnten, als zur Entkräftung des dem Kläger aufgegebenen Beweises, daß sie im bösen Glauben hätten weiden lassen. Das oberappellationsgerichtliche Urtheil vom 30. Juni 1863 gab ihnen lediglich stillschweigend die Befugniß im Gegenbeweisverfahren gegen die Replik

Digitized by Google

ihre langjährige Unbekanntschaft mit dem für sich allein nicht entscheidenden Vergleiche vom 11. December 1809 und mit dessen wesentlich dazu gehörigen Vollziehung mittelst Abstimmung darzuthun. Die Bezugnahme des Klägers auf die Verhandlungen ist daher nicht geeignet, das Ergebniß des Beweisverfahrens abzuschwächen, in welchem mehrere Zeugen auf Befragen des Anwalts der Verklagten auf das Bestimmteste bekundet haben, daß ihnen, obgleich sie verschiedentlich Geschworene des Metzgerhandwerks waren, von der Existenz der fraglichen Karte im Archive nichts bekannt gewesen sei. Sie bekunden überdies nicht blos den auf Rechtsausübung gerichteten Sinn der Metzger, sondern deren Glauben an ihr Recht, ihr Freisein von Zweifeln daran, somit geradezu ihre bona fides. Wäre dies von den Verklagten zu beweisen gewesen, so würde es sich gefragt haben, ob ihr Erfüllungseid darauf zu erstrecken sei. Da aber dem Kläger der Beweis der mala fides der Verklagten oblag, so konnte nur in Frage kommen, ob trotz jener Gegenzeugnisse sein Beweisversuch gelungen sei, und dies war entschieden zu verneinen. — — —

Wenn es sodann in der Appellations-Ausführung heißt: Die Metzger kannten, wie sie selbst sagen, die Weidegrenze; es läßt sich ein stärkeres Mißverhältniß zur bona fides nicht denken, als wenn behauptet werden will, man habe sich um den Grund und Anlaß nicht bekümmert; so steht der Vordersatz mit den actenmäßigen Behauptungen der Verklagten und Aussagen der Zeugen im Widerspruch, wonach einige derselben zwar wohl eine ausgesteinte Grenzlinie kannten, aber keinem deren Bestimmung als Weidegrenze, namentlich als Grenze des Hutrechts der Hammelmetzger auf Baufeldern nach dem Hellerhofe hin bekannt war. — — —

Der Ausführung des Klägers, daß grobe Nachlässigkeit, Vergessenheit eigener urkundlichen Verpflichtungen bei dem Besitze der betreffenden Urkunden einer mala fides gleich kommen, fehlt unter den obwaltenden Umständen die thatsächliche Grundlage. Die Verträge von 1809 über die Aufhebung der Brache und die Abtheilung der Weide unter den Parteien hatten an sich diese Abtheilung nicht bewirkt, sondern dieselbe sollte nach dem Vergleiche vom 11. September 1809 erst später bewirkt werden; das Archiv einer Handwerker-

Digitized by Google

Innung, wie diejenige der Metzger in Frankfurt, ist nicht jedem Mitgliede dieser Innung und nicht einmal deren oft wechselnden Vorstehern so leicht zugänglich, wie einem Privatmann seine Papiere; für Vorsteher des Handwerks, namentlich Geschworene der Metzgerzunft, welche im Laufe von mehr als 50 Jahren nach 1812 in diese Stellung kamen und die thatsächliche Beweidung der in Rede stehenden Baufelder offenkundig vorfanden, war eben so wenig eine Veranlassung gegeben, welche sie verpflichtet hätte, den Ursprung dieses Zustandes im Archive zu erforschen und die Karte des ꝛc. Bunsen aus dem Jahre 1812 aufzusuchen und sich klar zu machen, als überhaupt den Inhalt des Archives in die Vergangenheit zu verfolgen. — — —

Die Besichtigung der unzweifelhaft vorhandenen Steingrenze ist von dem Appellationsgericht mit Recht deßhalb abgelehnt worden weil nicht abzusehen ist, welchen Zweck diese Besichtigung jetzt noch haben sollte. Die hiergegen gerichtete dritte Beschwerde ist daher unbegründet. — — —

Diese 4te und 5te Beschwerden erscheinen zuvörderst insoweit, als sie gegen den objectiven Inhalt des Eides gerichtet sind, als unbegründet. Da das Beweisthema rechtskräftig feststeht, und nur durch den etwas präciser gefaßten Erfüllungseid seine volle Erledigung zu finden hat, so muß es selbstredend bei der darin getroffenen Zeitbestimmung des Usucapionsbesitzes der Weide verbleiben. Auf eine nähere Festsetzung des Anfangs- und Endpunctes desselben kann Kläger daher nicht mehr zurückkommen. Auch kann der Eid nicht über den Beweissatz hinaus auf einzelne Umstände gerichtet werden, die ihre Würdigung bei Normirung des Beweissatzes bereits gefunden haben, und denen eine Erheblichkeit neben dem Beweis und nunmehrigen Eides-Thema abgesprochen worden ist, oder die als vorgebliche Merkmale der mala fides der Verklagten, womit Kläger beweisfällig geblieben ist, von den Verklagten gar nicht zu beweisen waren. — — —

Daß die Verklagten, wenn sie die Beweidung mit Unrecht ausgeübt haben, diejenigen sind, welche den dadurch dem Kläger verursachten Schaden ersetzen müssen, steht rechtskräftig fest; es handelt

Digitized by Google

sich nur noch darum, ob das Recht, in dessen Ausübung sie die Baufelder qu. beweidet haben, bestand oder nicht. Dieses Recht wird von den Verklagten nicht als ein ihnen persönlich gebührendes in Anspruch genommen; sie behaupten nur, das der Metzgerinnung zustehende Beweidungsrecht ausgeübt zu haben. Diese, welche dasselbe interveniendo geltend gemacht, erscheint somit als die Trägerin des streitigen Rechts; es konnte daher auch nur denjenigen, welche sie vertreten, der Erfüllungseid auferlegt werden; ein Eid der Verklagten als solcher würde rechtlich ohne Bedeutung sein. Daß durch die getroffene Entscheidung die Verklagten nicht in ihrer Eigenschaft als Genossen des Metzgerhandwerks von Leistung des Eides befreit sind, insofern ihre Erwählung als Eidesleister sich als angemessen darstellen möchte, versteht sich von selbst.

Insoweit das Grav. IV. in seiner Mitwirkung die Frage berührt, von welchen Personen Namens der Intervenienten der Eid zu leisten sei, wird davon bei der zweiten Beschwerde der Verklagten die Rede sein. Diese richtet sich gegen die Entscheidung des Appellationsurtheils zu I. B.

> daß die aus den Mitgliedern der ehemaligen Metzgerinnung bestehende Genossenschaft des Metzgerhandwerks aus ihrer Mitte drei Personen zu erwählen und zu den Akten zu legitimiren habe, welche an ihrer Statt und für sie den normirten Eid zu leisten haben, vorbehältlich, wie es in den Gründen heißt, des Rechts des Klägers, gegen die Person der Gewählten rechtsbegründeten Einwand zu erheben. — — —

Der Antrag, daß die im Stadtgerichtsurtheil benannten Geschworenen den Eid zu leisten hätten, ist unter allen Umständen unbegründet, da der Eid den Geschworenen nicht für ihre Person, sondern nur in dieser ihrer Eigenschaft auferlegt werden konnte, die Geschworenen von 1858 aber, welche in dem stadtgerichtlichen Urtheile benannt sind, nach den eigenen Angaben der Verklagten längst aufgehört haben, Geschworene zu sein. Die Prüfung, ob diese Personen zur Leistung des Erfüllungseides legitimirt seien, hat sich der zweite Richter mit Recht von Amtswegen unterzogen, weil der Legitimationspunkt für den rechtlichen Bestand des Prozesses wesentlich, und weil

Digitized by Google

dem Richter, zum Zwecke seiner Ueberzeugung, nicht der Gegenpartei, der Beweis zu führen ist.

Die übrigen Anträge beruhen auf der Rechtsansicht, daß durch das Gesetz vom 12. Januar 1864 über die Berechtigung zum Gewerbebetriebe (Frankfurter Gesetz- und Statutensammlung Bd. 16, S. 83) die Metzgerinnung nicht, wie das Appellationsgericht annehme, aufgehört habe, als Corporation zu bestehen. Es wird für diese Anträge, in Betreff welcher das stadtgerichtliche Urtheil vom 21. März 1864, da es lediglich die von dem Kläger geforderte Caution betraf, in keiner Beziehung res judicata bildet, insbesondere auch noch angeführt, daß die Mitglieder der sogenannten ehemaligen Innung, also derjenigen, welche nach Ansicht des Appellationsgerichts nur bis ultimo April 1864 bestanden hat, theilweise gestorben, auch zu einem kleinen Theile ausgetreten und daß neue Mitglieder eingetreten seien; und es wird hieran die Besorgniß geknüpft, Kläger könne aus der in den angefochtenen Worten des Appellationsbescheides scheinbar enthaltenen Beschränkung der Genossenschaft auf die Mitglieder der Innung vor dem 1. Mai 1864, (zu welcher Zeit jenes Gesetz nach dessen §. 30 in Kraft trat), das allmälige Aussterben der Genossenschaft und alsdann sein ausschließliches Hutrecht folgern. Es unterliegt jedoch keinem Zweifel, daß das Appellationsgericht die fragliche Bezeichnung des Metzgerhandwerks nur gewählt hat, um dasjenige Subject zu bezeichnen, welches als der Träger des streitigen Weiderechts anzusehen sei, nach dem, der Ansicht des Appellationsgerichts zufolge, die Metzgerinnung aufgehört habe, eine Corporation zu bilden. Durch die gewählten Ausdrücke hat der in diesem Prozesse nicht erhobenen und nicht zu entscheidenden Frage, welche Metzger dermalen der Genossenschaft angehören, weder präjudicirt werden sollen, noch ist derselbe präjudicirt worden. Ausgeschlossen von der Wahl der Eidesleister sind also nur Metzger die dazu nicht gehören, mithin an dem Streitobjecte keinen Theil haben. Das Appellationsgericht sagt demgemäß nicht: „die ehemaligen Mitglieder der Metzgerinnung", sondern: „die Mitglieder der ehemaligen Metzgerinnung", d. h. die jetzigen Mitglieder der an die Stelle der ehemaligen Innung getretenen Genossenschaft des Metzgerhandwerks.

Digitized by Google

Bei dieser jedenfalls maßgebenden Auslegung des Sinnes des Appellationsurtheils erscheint die Beschwerde, soweit sie sich auf die erwähnte Besorgniß der Verklagten stützt, als unbegründet.

Die Rechtsfrage, ob und inwieweit durch das Gesetz vom 12. Januar 1864 die Innungen aufgehoben sind, ist hiernach nicht zu entscheiden, weil die rechtlichen Interessen der Parteien in diesem Prozesse ihre Lösung nicht erfordern. Denn wie auch jene Frage beantwortet werden möge, so sind die Verklagten durch das angegriffene Urtheil nicht beschwert. Der öffentliche Charakter der Innungsvorsteher (Geschworenen), welcher ihrer Vertretung eine Analogie mit der verfassungsmäßigen Vertretung von politischen Gemeinden (universitates ordinatae) gab, hat jedenfalls aufgehört. Da der Appellationsrichter die Eidesleister überhaupt noch nicht bestimmt, sondern der aus den Mitgliedern der (seines Erachtens aufgehobenen) Metzgerinnung bestehenden Genossenschaft des Metzgerhandwerks die Befugniß eingeräumt hat, aus ihrer Mitte die Schwörenden zu wählen, so ist es ihr auch unbenommen, die Geschworenen oder die Vorsteher der Genossenschaft aus dieser Wahl hervorgehen zu lassen, und die dem Kläger vorbehaltene allgemeine Berechtigung zu Einwänden gegen die Person der Gewählten steht dem nicht im Wege, weil die Eigenschaft der letzteren als Geschworene oder Vorsteher an und für sich einen rechtsbegründeten Einwand nicht bilden würde.

Damit erledigt sich die zweite Beschwerde der Verklagten.

Die bei Motivirung des Grav. IV. des Klägers von demselben aufgestellte Behauptung, daß alle socii zu schwören hätten, widerlegt sich dadurch, daß nach §. 1 N° 5 des Gesetzes vom 12. Januar 1864 durch dasselbe die Mitglieder der Innungen nicht gewöhnliche socii geworden sind, und, daß nach der in der Praxis adoptirten richtigen Ansicht, welcher das Appellationsgericht gefolgt ist, von einer Genossenschaft der in Rede stehenden Art mehrere Mitglieder und zwar in der Regel drei als Eidesleister zu wählen sind, vorbehältlich der Einwendungen des Gegners und eventuell der gerichtlichen Entscheidung. — —

Digitized by Google

26.

Berberich & Cie, Fabrikanten in Säckingen, Kläger gegen die Handlung A. Oscar Jäger, jetzt Jäger & Thümer dahier, Beklagte, Forderung betreffend.

1) Ein Preiscourant kann, besonders bei Schwankungen des Rohmaterials, nicht für alle Zukunft maßgebend sein.
2) Der einmal auf 2 Fakturen bewilligte Rabatt verpflichtet nicht zur Bewilligung des Rabatts für alle Sendungen; ebensowenig gibt ein einmal bewilligtes Zahlungsziel Recht auf gleiche Zahlungsziele.
3) Fehlerhafte Rechnungsansätze, welche von der Gegenpartei zugestanden sind, können von Amtswegen nicht verbessert werden.
4) Prüfung einer Correspondenz über Dispositionsstellung und Rücksendung von Waaren; Grenze des Rücksendungsrechtes festgestellt.

Thatsächliches.

Die beklagte Handlung hat von den Klägern, welche zu Säckingen eine Baumwolle-Weberei betreiben und von deren Agenten Carl Jahn in Cöln verschiedene Sendungen Foulards erhalten. Beklagte stellte ungefähr den 4ten Theil als fleckig zur Disposition; unter Bezugnahme auf klägerische Schreiben aber sandte Beklagte weit mehr zurück, wogegen die Klägerin Verwahrung eingelegt und insoweit die Annahme der retournirten Waaren geweigert hat; zugleich bestritt Beklagte die Preisansätze, verlangte Sconto und längere Zahlungsziele.

Das Stadtgericht I ging im Urtheil vom 16. October 1865 von folgenden Erwägungen aus:

Eine ausdrückliche Vereinbarung, daß die Preise theilweise zu einem geringeren Ansatze vereinbart worden seien, wird von der Beklagten nicht behauptet, wohl aber eine stillschweigende, indem auf dem von der Klägerin eingesandten Preiscourant act. die fraglichen Bestellungen von ihr gemacht worden seien. Eine solche stillschweigende Vereinbarung in Betreff der Preise würde jedoch aus dem alleinigen Umstande, daß der Beklagten von der Klägerin der Preiscourant übersendet worden, noch keineswegs zu folgern sein. Denn unbestrittenermaßen überschickte Klägerin den Preiscourant am 27 Januar 1864, während die Bestellungen, wie von der Beklagten selbst angegeben wird, keineswegs sofort, sondern theilweise erst nach Monaten erfolgten. Daß in solchem Falle, auch abgesehen von der

Digitized by Google

auf dem Preiscourant enthaltenen ausdrücklichen Bemerkung: „Ohne Verbindlichkeit" dessen Preisansätze nicht für die ganze Zukunft maßgebend sein konnten, erscheint bei einer Waare, für welche, wie Beklagte ebenfalls nicht bestreiten konnte, das Rohmaterial öfteren Preisschwankungen unterworfen ist, von selbst einleuchtend, und erscheint daher die Behauptung, daß Klägerin an die Ansätze ihres Preiscourants, für so lange gebunden erachtet werden müsse, bis sie einen neuen Preiscourant eingeschickt haben würde, als eine durchaus frivole. Zwar hat Beklagte in der Duplik noch weiter behauptet, daß Klägerin noch in ihren Fakturen vom 6. Juni und 19. Juli geringere Preise als die gegenwärtig eingeklagten selbst zugestanden habe, allein diese Behauptung kann schon darum, weil sie verspätet vorgebracht, keine Berücksichtigung mehr finden.

Hiernach haben folgende von der Beklagten gemachte Abzüge in Wegfall zu kommen. — — —

Die Behauptung der Beklagten, daß ihr bei allen von der Klägerin direct ohne Vermittlung des Agenten gekauften Waaren ein Rabatt von 2% bewilligt worden sei, erscheint durch die von der Klägerin anerkannten Schreiben noch keineswegs liquid gestellt. — — —

Denn es folgt aus dem einmal auf zwei Fakturen und noch dazu auf vorherige Anforderung der Beklagten bewilligten Rabatt von 2% noch keineswegs, daß die Klägerin nunmehr verpflichtet gewesen wäre, auch ins Künftige für alle Lieferungen einen solchen Rabatt zu bewilligen. Eine stillschweigende Vereinbarung kann hieraus nicht gefolgert werden und ist daher der Beklagten die von ihr behauptete ausdrückliche Vereinbarung zum Beweise zu verstellen.

Für die Fakturen 7 bis 10 act. ist kein Streit darüber, daß das Zahlungsziel 4 Monate war, für die Fakturen 3 bis 6 dagegen behauptet Klägerin, daß nur ein Zahlungsziel von 3 Monaten bewilligt worden, während Beklagte ein solches von 6 Monaten in Anspruch nimmt. Da indessen Beklagte selbst angibt, daß eine ausdrückliche Vereinbarung hierüber nicht getroffen worden, sondern sie diese Berechtigung nur aus einer von der Klägerin stillschweigend erfolgten Bewilligung ableiten will, so muß der von ihr erhobene Einwand sofort verworfen werden. Denn die Beklagte vermochte für sich selbst nur

Digitized by Google

einen einzigen Fall anzuführen, in welchem es die Klägerin stillschweigend habe geschehen lassen, daß die Beklagte erst nach 6 Monaten Zahlung geleistet. Durch dieses einmalige Geschehenlassen konnte für die Klägerin in keiner Weise die Verpflichtung entstehen, ein so langes Zahlungsziel der Beklagten bei allen künftigen Lieferungen bewilligen zu müssen. Aber auch der weitere Einwand der Beklagten, daß das Zahlungsziel erst von dem Tage des Gesammteingangs der bestellten Waare zu berechnen sei, kann seiner Unbestimmtheit und Unverständlichkeit wegen keine Berücksichtigung finden. Denn warum die fraglichen vier Sendungen als ein Ganzes zu behandeln seien und warum in den vorliegenden Fällen zufolge der über die Berechnung des Zahlungsziels vorausgegangenen Vereinbarung gerade Anfang Juli und resp. ultimo August als Mittelstermine allein für das Zahlungsziel maßgebend sein müssen, hat Beklagte in ihrer Vernehmlassung aufzuklären vollständig unterlassen, und was dieselbe hierüber in der Duplik vorgebracht, ist jedenfalls verspätet.

Es müssen hiernach die von der Klägerin in der Klage angegebenen Zahlungsziele als die richtigen angenommen werden und ist demgemäß Beklagte nach Inhalt der Klage zur Zinsenzahlung anzuhalten, da es nach dem Gesetze vom 2. Februar 1864 §. 3 einer Interpellation zur Begründung der mora bei einem festbestimmten Zahlungstermine nicht mehr bedarf. — — —

Beklagte hat eine große Parthie Waaren der Klägerin wieder zurückgesendet. — — —

Da Klägerin zugeben mußte, daß sie auf den Brief der Beklagten am 7. September 1864, in welchem diese schrieb, daß sie von der Sendung vom 27. August ungefähr den vierten Theil wegen verschiedener Mängel nicht verwenden könne, am 12. September act. antwortete:

„Auf Ihr Werthes vom 7. dieses ersuche Sie, die Tücher, mit welchen Sie nicht zufrieden sind, an Herrn C. Jahn gehen zu lassen“, so kann auch Klägerin dieser Retournirung sich nicht opponiren. Diese Opposition kann bei der uneingeschränkten Bereiterklärung der Klägerin zur Zurücknahme auch nicht dadurch zu einer berechtigten

Digitized by Google

werden, daß die Beklagte mehr als ein Viertheil der Sendung, von welcher sie in ihrem Briefe vom 7. September sprach, zurück gehen ließ. Ebensowenig kann die bis Anfang Oktober, also nur um höchstens 3 Wochen verzögerte Rücksendung als eine verspätete betrachtet werden, da Klägerin weder eine sofortige Rücksendung verlangte, noch eine solche durch die Natur der Verhältnisse, namentlich durch die Beschaffenheit der Waare geboten erschien. Endlich kann die Berechtigung zur Retournirung der Waare nicht dadurch alterirt erscheinen, daß Beklagte statt an den Agenten Jahn nach Cöln die Waare direct an die Klägerin nach Säckingen schickte, und zwar um so weniger, als Klägerin nicht anzugeben vermochte, daß und welches Interesse durch die nicht gehörige Befolgung ihrer Ordre von Seiten der Beklagten verletzt worden ist. — — —

Hiernach hat Klägerin nicht nur die an Jahn erfolgte Retoursendung, bestehend in 461 Dutzend, zurückzunehmen, sondern auch die weitere Retoursendung an die Klägerin selbst von 442½ Dutzend. Das Stadtgericht I erurirte die hiernach verbleibende Schuld der Beklagten in specieller Abrechnung und verurtheilte sie in diese Summe, ließ jedoch der Beklagten den Beweis von 2% Rabatt nach.

Das appellationsgerichtliche Urtheil vom 24. Jan. 1866 weist zunächst die Beschwerde wegen eines Rechnungsfehlers zurück aus folgenden Motiven:

Hiernach steht nicht ein eigentlicher Rechnungsfehler des Gerichts, oder ein von diesem übersehener Rechnungsfehler der Streittheile, welcher auch ohne Berufung berichtigt werden könnte, vielmehr ein fehlerhafter Rechnungsansatz einer der Parteien in Frage, welcher durch stillschweigendes Zugeständniß der anderen anerkannt und somit definitiv festgestellt ist.

Unter solchen Umständen ist aber der Richter nicht einmal befugt, unterlaufenen Versehen abzuhelfen,

l. 2. Cod. d. re jud. 7. 52.
Bayer, Vorträge, S. 253.
Schmid, Handbuch, Bd. III, S. 78. 365. Not. 4.
Wetzell, System, S. 499.

Digitized by Google

von einer Verpflichtung desselben, derartige Irrthümer ex officio zu berücksichtigen, kann nicht entfernt die Rede sein.

Sodann unterzog das Appellations-Gericht die zwischen den Parteien gepflogene Correspondenz einer umständlichen Prüfung und kam zu folgendem Resultat:

Das Stadtgericht hat die Beklagte zur Vornahme der von ihr erfolgten Rücksendungen für berechtigt erklärt und die Kläger mit ihrem Antrage auf Zahlung der für jene Waaren angesetzte Beträge stillschweigend abgewiesen.

Gegen diese Entscheidung ist die zweite Beschwerde der Kläger gerichtet. Dieselbe muß für begründet erachtet werden.

Die Befugniß, die von den Klägern in den Facturen 7—9 act. gesendeten und bis zu den Briefen der Beklagten vom 7. September 1864 von ihr nicht beanstandeten Waaren zurückzugeben, gründet die beklagte Handlung auf die beiden Schreiben vom 8. und 12. Sept. 1864, indem sie behauptet, daß ihr von Jahn sowohl, wie von den Klägern selbst zugestanden worden sei, alle ihr nicht convenirenden Waaren, gleichviel, ob sie in Wirklichkeit fehlerhaft seien oder nicht, zurückzugeben.

In Betreff des Jahn'schen Schreibens ist diese Auffassung offensichtlich unrichtig, da ersteres die Beklagte ausdrücklich nur zur Retournirung des nach genauer Durchsicht fehlerhaft befundenen Viertheils der mit der Faktura vom 10. August 1864 7 act. gesandten 11/8 Foulards auffordert, sonach die Rücksendung von mehr als 3/4 der 11/8 Foulards, nicht weniger die Zurückgabe fehlerfreier Waare überhaupt ausschließt und endlich die nicht einmal begehrte Rücksendung der mit der weiteren Faktura vom 10. August 1864 gesandten:

71 Dutzend Foulards 5/4 E. defect,
5 „ „ 6/4 E. defect

überall nicht gestattet.

Ebensowenig haben die Kläger selbst der beklagten Handlung ein so weit gehendes Recht der Rücksendung eingeräumt. Der gegentheiligen Entscheidung des Stadtgerichts würde allerdings beizutreten sein, wenn lediglich der Wortlaut des klägerischen Schreibens vom 12. September 1864 den Ausschlag zu geben hätte, denn in diesem

Digitized by Google

wird Beklagte allerdings ermächtigt, die Tücher, mit welchen sie nicht zufrieden sei, an Carl Jahn zurückgehen zu lassen. Dieser Brief ist indessen eine Antwort auf die beklagtische Zuschrift vom 7. Sept. 1864, auf welche er im Eingange ausdrücklich Bezug nimmt, und versteht es sich hiernach von selbst, daß bei Beurtheilung der Erklärung der Kläger nicht das Schreiben vom 12. September 1864 für sich allein, sondern im Zusammenhange mit der beklagtischen Correspondenz in Betracht zu ziehen ist. — — —

Unter diesen Umständen ist die beklagte Handlung zur Zahlung der sich für die Fakturen vom 10. und 27. August 1864, abgesehen von den im stadtgerichtlichen Erkenntniß bereits festgestellten, ergebenden weiteren Betrage zu verurtheilen. — —

Demgemäß wurde die Beklagte in weitere Beträge zur Zahlung verurtheilt.

Das Obertribunal bestätigte am 2. Juli 1867.

Gründe.

Indem die Beklagte dem Agenten der Kläger, Carl Jahn in Cöln, durch den sie mittelst Faktura vom 10. August 1864 von dem dortigen Waarenlager der Kläger 300 Dutzend Foulards $^{11}/_{8}$ E. käuflich erhalten hatte, in ihrem Briefe vom 7. September 1864 anzeigte, daß sie nach genauer Durchsicht der ihr gesandten $^{11}/_{8}$ Foulards „ohngefähr den vierten Theil" fleckig finde, dann anfragte: „soll ich sie Ihnen zurücksenden" und zusetzte: „für reine Waare kann sie nicht verwenden", beschränkte sie selbst, sowohl ihre Beschwerde über die empfangene Waare als auch ihre Anfrage über die eventuelle Rücksendung derselben, ausdrücklich auf ein bestimmtes Quantum. Auch die Antwort Jahns vom 8. September 1864 auf diese nicht mißverständliche Frage der Beklagten hat es nur mit demselben Gegenstande dieser Frage, nämlich nur mit ungefähr einem Viertel der betreffenden Sendung $^{11}/_{8}$ E. Foulards zu thun. In dem Satze: „wenn bei den Ihnen ab hier gesandten $^{11}/_{8}$ Foulards wirklich der vierte Theil fleckig ist, dann belieben Sie mir dieselben nach hier zurückzuschicken", bezieht sich das Wort: „dieselben" keineswegs auf Foulards im Allgemeinen, sondern auf die, welche hier

Digitized by Google

allein in Frage standen, d. h. welche von der Beklagten als fleckig bezeichnet waren. Es sind eben dieselben Foulards, von denen Jahn in dem Folgesatze seines Briefes sagt, daß er sie, wenn es wirklich fleckige sind, selbstredend zurücknehme, da es, wie er seine Bereitwilligkeit motivirt, keineswegs seine Absicht sei, der Beklagten fehlerhafte Waare als reell zu verkaufen.

Das Rückssendungsrecht der Beklagten bezüglich der von ihr am 10. August 1864 durch Jahn empfangenen 300 Dutzend $^{11}/_{8}$ E. Foulards geht hiernach unter keinen Umständen über „ungefähr ein Viertel" dieser 300 Dutzend hinaus.

Eine quantitative Mehrberechtigung zur Waarenrücksendung steht der Beklagten auch nicht zu, bezüglich der ihr mittels Faktura vom 27. August 1864 von Säckingen aus, von den Klägern direct, zugegangenen Waarensendung, bestehend in

345	Dutzend	Foulards	$^{4}/_{4}$ E.,
100	„	„	$^{5}/_{4}$ E.,
105	„	„	$^{11}/_{8}$ E. und
130	„	„	$^{11}/_{8}$ E.

Denn indem die Beklagte in ihrem desfallsigen, ebenfalls vom 7. September 1864 datirenden Briefe an die Kläger, unter Bescheinigung des Empfangs dieser Sendung, nur bedauert, „einen Theil", und zwar, wie sie diesen Theil genauer präcisirt „ziemlich $^{1}/_{4}$", nicht zu dem ihr berechneten Preis verwenden zu können, da nach genauer Durchsicht dieselben theils fleckig, theils zu gering im Stoffe seien, und am Schlusse nur fragt, wie Kläger es „betreff der fleckigen Foulards" gehalten zu haben wünsche" haben sie, die Beklagten, auch hier zunächst selbst wieder Beschwerde und Anfrage auf das von ihnen bezeichnete Quantum, nämlich „ziemlich $^{1}/_{4}$" der Sendung beschränkt; und wenn die Kläger dieser Beschwerde und Anfrage nun am 12. September 1864 die Antwort folgen lassen: „Auf Ihr Werthes vom 7. d. M. ersuchen Sie, die Tücher, mit welchen Sie nicht zufrieden sind, an Herrn Carl Jahn in Cöln gehen zu lassen, und uns aufzugeben, was Sie geschickt haben", so gestattet auch diese Rückäußerung unter den obwaltenden Umständen keine andere Deutung, als daß die Kläger der Beklagten die Rück-

Digitized by Google

sendung derjenigen Tücher aus der Sendung vom 27. August 1864 freistellen, mit denen die Beklagte sich ihnen gegenüber, in dem Briefe vom 7. September 1864, nicht zufrieden erklärt hat, d. h. mit „ziemlich 1/4" dieser Sendung, nicht aber gestattet sie auch die Deutung, daß die Beklagte überhaupt alle Tücher von der ihr am 27. August 1864 zugegangenen Sendung, mit denen sie sich demnächst unzufrieden erklären werde, ganz nach eigenem Urtheil und Belieben, den Klägern wieder zurückzusenden berechtigt sein solle.

Da nun der vierte Theil der beiden hier in Frage stehenden Waarensendungen sich auf 246 Dutzend Foulards stellt, und die Beklagte auf Grund des Briefes der Kläger vom 12. September 1864, resp. der ihr in diesem Briefe, als Antwort auf ihre Anfrage vom 7. September, freigestellten Rücksendung, bereits am 1. Oktober 1864 eine das bewilligte Viertel weitaus übersteigende Waaren-Quantität an Jahn nach Cöln hatte zurückgehen lassen, so mußte dem Appellationsgerichte darin durchaus beigepflichtet werden, daß es die Beklagte zu noch einer ferneren Rücksendung, nämlich der directen nach Säckingen vom 5. Oktober 1864, für unberechtigt erklärt und sie mit ihren desfallsigen Aufregungen gegen die Forderungen der Kläger abgewiesen hat.

Die in dieser Instanz blos hiergegen erhobene Beschwerde erledigt sich damit von selbst. — — —

B. Stadtgericht II.

5.

Die auf Seite 59 der Rundschau von 1868 gedachte Entscheidung wegen Wegfalls der Bescheinigungen der Einkommensteuer-Commission bei Erbeinweisungen lautet:

Es ist der Einkommensteuer-Commission durch abschriftliche Mittheilung der vorliegenden Eingabe und gegenwärtigen Beschlusses mitzutheilen, daß das unterzeichnete Gericht fernerhin nicht mehr in der Lage ist, die Einweisung eines Erben in den ihm anerfallenen Nachlaß von der zustimmenden Erklärung Seitens der städtischen

Digitized by Google

Steuerbehörde abhängig zu machen, und daß auch die bisher noch immer üblich gewesene Mittheilung von Abschriften der eröffneten Testamente fortan unterbleiben muß. Das Gericht wird hierbei durch folgende Erwägung geleitet: Die bisherige, nach beiden Richtungen bestandene Uebung beruhte nicht auf einer positiven gesetzlichen Vorschrift, sondern — was die Testamentsmittheilungen betrifft — auf dem, die Sicherung des 10. Pfennigs bezweckenden Senatsbeschluß vom 14. Januar 1762 und dem Schöffendecret vom 7. September 1764 und im Uebrigen auf der allgemeinen, vom Senate allen „Staatsbehörden" unter dem 3. August 1833 zugegangenen, — nicht publicirten — Ermächtigung, bezw. Weisung, eintretenden Falls die Einkommensteuer-Behörde in ihrem Wirkungskreis zu unterstützen. Wenn hiernach durch diese, von Seiten der ehemaligen Regierungsbehörde den Gerichten gegebenen Instruction die Steuerbehörde keineswegs ein Privilegium, einen privatrechtlichen Anspruch auf vorzugsweise Sicherstellung ihrer Ansprüche an den Nachlaß steuerpflichtiger Personen erlangt hat, wenn vielmehr diese Instruction bei dem veränderten Charakter der jetzt für Rechnung der Stadt Frankfurt zu erhebenden Abgaben und bei der veränderten Stellung der Gerichte gegenüber den Communalbehörden der ehemals freien Stadt ihre Wirksamkeit verlieren mußten: so sind auch fortan die Gerichte weder verpflichtet, noch berechtigt, ex officio die communalen Interessen der Stadtgemeinde Frankfurt zu wahren oder gar ihre, von dem Publicum angerufene richterliche Thätigkeit von der Einwilligung der städtischen Steuerbehörde abhängig zu machen. Es muß deßhalb der Einkommensteuer-Commission überlassen bleiben, fortan ihre Ansprüche an den Nachlaß Verstorbener in derselben gesetzlichen Weise selbstthätig geltend zu machen, wie dies von anderen Forderungsberechtigten zu geschehen hat.

Stadtgericht II. am 3. April 1868, in Sachen Isaac Menko, Nachlaß de A° 1868.

Digitized by Google

Juristische Gesellschaft.

Monatliche Rundschau der gerichtlichen Entscheidungen.

Juli 1868.

A. Obertribunal.

27.

U. S. wider die Bäckermeister Georg Conrad Lehr und Genossen wegen Feilhaltens von zu leichtem Brode.*)

1) Visitationen und Beschlagnahmen, welche die Polizeibehörde zur Controle der richtigen Einhaltung der von den Brod- und Fleischverkäufern selbst festgesetzten Preis- und bezw. Gewichtsbestimmungen angeordnet, sind weder Gegenstand einer Nichtigkeitsklage noch ein Act des gerichtlichen Processes überhaupt, können daher nur im Verwaltungsweg angefochten werden.
2) Die Senatsverordnung vom 29. April 1864 (Amtsblatt 1864 S. 409 und 1866 S. 1208) schreibt kategorisch die Vollwichtigkeit des frischgebackenen Brodes vor und bedroht sowohl den Verkauf, wie das bloße Feilbieten nicht vollwichtigen frischen Brodes mit Strafe.

Das Polizeiamt hatte am 1. Februar 1867 bei mehreren hiesigen Brodverkäufern eine Visitation nach unvollwichtigem Brode vornehmen und dabei in den Gewerbslocalen von 27 Bäckermeistern und Brodhändlern eine große Anzahl theils frischgebackener, theils trockener nicht vollwichtiger Reggenbrodlaibe erheben und in Beschlag nehmen lassen. Diese 27 Brodverkäufer wurden in Folge dessen auf Antrag des Polizeiamts unter der Anschuldigung einer Uebertretung der Senatsverordnung vom 29. April 1864 vor das Rügegericht geladen und gegen dieselben Geldbußen von fl. 3 bis fl. 5, sowie die Confiscation des beschlagnahmten Brodes in Antrag gestellt.

*) Siehe Rundschau 1867 S. 89. folg.

Digitized by Google

Dagegen machten 17 Beschuldigte durch ihren Vertreter Dr. jur. Haag unter anderem geltend, daß sowohl die Verordnung vom 29. April 1864, wie die stattgehabte Visitation und Beschlagnahme ungesetzlich sei, daß die Verordnung mit den Naturgesetzen über Eintrocknen des Brodes in Widerspruch stehe, die Herstellung vollwichtigen Brodes unmöglich und jedenfalls nur der Verkauf, nicht aber das Feilbieten, noch weniger der bloße Besitz nicht vollwichtigen Brodes mit Strafe bedroht sei, weshalb schließlich beantragt wurde, die Beschuldigten freizusprechen, und die Staatsbehörde zur Erstattung des Preises der beschlagnahmten Brode gegen Zurückbehaltung derselben zu verurtheilen.

Das Rügegericht begründete zunächst in seinem Urtheil vom 2. April 1867 den Rechtsbestand der Verordnung vom 29. April 1864 und die Zuständigkeit der Polizeibehörde zur Vornahme von Visitationen und namentlich zum Zwecke der Feststellung des Thatbestandes einer Gesetzesübertretung, verfügte jedoch die Zurückgabe sämmtlicher Laibe an die Beschuldigten, da die Verordnung weder eine Confiscation nicht vollwichtigen Brodes androhe noch sonst ein gesetzlicher Grund hierzu vorliege, und verwies die Beschuldigten mit ihren etwaigen Entschädigungsansprüchen an den Civilrichter. Im Uebrigen verurtheilte es diejenigen Beschuldigten, bei welchen nicht vollwichtiges frischgebackenes Brod vorgefunden worden, weil sie dasselbe in ihren Gewerbslocalen feilgehalten, in Geldbußen von fl. 1. 30 kr. bis fl. 5, sprach dagegen die Beschuldigten, insoferne bei denselben nicht vollwichtiges trockenes Brod erhoben worden, aus dem Grunde frei, weil nach dem eingeholten Gutachten von Sachverständigen aus dem Gewichte des trockenen Brodes zur Zeit der Beschlagnahme nicht mit Sicherheit auf das Gewicht desselben im frischen Zustande zurückzuschließen sei, und daher die Möglichkeit, daß die betreffenden Brodlaibe im frischen Zustande vollwichtig gewesen seien, immerhin bestehe.

Gegen dieses Erkenntniß wurde von den 17 Beschuldigten, welche theils freigesprochen, theils verurtheilt worden waren, das Rechtsmittel der Nichtigkeitsklage angemeldet und gerechtfertigt. Das Obertribunal wies aber dieselbe durch Urtheil vom 5. Sept. 1867 zurück.

Digitized by Google

Gründe:

Was:

I. Die Visitation und Beschlagnahme betrifft, so kann dieselbe jedenfalls hier nicht Gegenstand einer Nichtigkeitsklage sein, weil sie nur eine vor der Eröffnung des Processes getroffene Maßregel der Verwaltung, mithin kein Act des gerichtlichen Processes ist, nach

Artikel 327 N: 2 und 3 des Gesetzes über das Verfahren in Straffachen vom 16. September 1856,

aber gerichtliche Erkenntnisse nur wegen Verletzung, Verabsäumung oder unrichtiger Anwendung von Proceß-Vorschriften mit der Nichtigkeits-Klage angefochten werden können.

Eine Beschwerde über die gedachte Maßregel des Polizei-Amtes würde hiernach nur bei der vorgesetzten Behörde desselben haben angebracht werden können.

II. Eben so wenig war das Verfahren vor dem Rügegerichte und das gegenwärtige vor dem Cassationshofe der Ort, wo eine Entschädigungsforderung der Angeschuldigten aus der zu I. gedachten, angeblich ungesetzlichen Maßregel hätte geltend gemacht werden können.

Denn wenn zur Begründung dieses Anspruches von Seiten der Nichtigkeitskläger auf die Artikel 50 ff. a. a. O. hingewiesen wird, so genügt es, zu bemerken, daß diese Vorschriften zwar demjenigen, der durch die den Gegenstand der Untersuchung bildende That der Angeschuldigten verletzt worden zu sein behauptet, gegen den Angeschuldigten, nicht aber umgekehrt diesem gegen jenen die Verfolgung eines Entschädigungsanspruches im Strafverfahren gestattet.

III. Was sodann die Gültigkeit der Polizei-Verordnung des Senats vom 29. April 1864 betrifft, so ist dieselbe durch die dortigen Amtsblätter vom 30. April 1864 und vom 13. December 1866 verkündigt und wieder verkündigt, außerdem in der amtlichen Gesetz- und Statuten-Sammlung Band 16 Seite 165 abgedruckt, und auch sonst ein Mangel in Bezug auf deren Verkündigung nicht behauptet worden.

Materiell gründet sie sich, wie der §. 5 derselben ergibt, auf den Artikel 13 des Gesetzes vom 12. Januar 1864 zur Ausführung

Digitized by Google

des Gesetzes von demselben Tage über die Berechtigung zum Gewerbebetriebe und den Artikel 4 (N° 11) und 12 des Polizeistrafgesetzes vom 16. September 1856, die beide vom Senate auf verfassungsmäßige Beschlüsse der gesetzgebenden Versammlung der damaligen freien Stadt Frankfurt erlassen und verkündigt worden sind.

Sie selbst gehört zu denjenigen Verordnungen, die nach dem Artikel 4 N° 11 des zuletzt gedachten Gesetzes von den zuständigen Verwaltungsstellen oder Gemeindebehörden innerhalb ihres gesetzlichen Wirkungskreises zum Schutze der öffentlichen Sicherheit und Ordnung erlassen und verkündigt werden können; es kann mithin, da sie vom Senate, als der höchsten der damaligen Staats-Behörden, erlassen ist, ihre Gültigkeit und Rechtsverbindlichkeit nicht bezweifelt werden.

Dieses vorausgesetzt ist endlich auch

IV. die oftgedachte Polizeiverordnung auf den vorliegenden Fall nicht unrichtig angewendet worden.

Denn, wenngleich die §§. 1, 2 derselben die Verkäufer von reinem und gemischtem Roggenbrode nur verpflichten, diese Brodarten nach einer von ihnen selbst für einen Zeitraum von je 14 Tagen festgesetzten, dem Polizeiamt zur Abstempelung vorzulegenden Gewichts- und Preisbestimmung zu verkaufen und danach allerdings ein bloßes Besitzen, selbst Feilbieten nicht vollwichtig ausgebackener Brode noch nicht strafbar sein würde, so bestimmt doch der §. 3 ganz kategorisch,

das Brod muß in frischem Zustande volles Gewicht haben.

Wenn dann aber der §. 5 alle Zuwiderhandlungen gegen diese Verordnung mit Strafe bedroht, so ist es klar, daß auch das bloße Ausbacken nicht vollwichtigen Brodes, sofern es nur zum Verkaufe bestimmt ist, also Feilgeboten wird, der angedrohten Strafe unterliegt.

Die von den Nichtigkeitsklägern hervorgehobene Schwierigkeit, das richtige Gewicht des Brodes beim Anteigen zu controlliren, kann hierbei nicht in Betracht kommen, weil eine solche Controlle jedenfalls nicht unmöglich ist, eventuell etwaige dabei vorgefallene Irrthümer durch Ausschließung des nicht vollwichtig befundenen Brodes vom Verkäufer unschädlich gemacht werden können, was hier, wo das Brod nach der unangreifbaren Feststellung des vorigen Richters,

Digitized by Google

feilgeboten, mithin zum Verkaufe bestimmt worden war, jedenfalls unterblieben ist.

Da nun auch im Uebrigen die erkannten Geldbußen das im Artikel 4 N° 11 des Polizeistrafgesetzes vorgeschriebene höchste Maß von fünf Gulden nicht übersteigen, so ist ein Grund, sich über Gesetzes-Verletzung zu beschweren, den Nichtigkeits-Klägern überall nicht gegeben worden.

28.

U. S. wider Joh. Michael Martini von hier wegen Versperrung eines Nothwegs *).

1) Die gesetzliche Befugniß des Polizeiamts, Feldsection, in den hiesigen Gemarkungen, die Anlage von Nothwegen zu verfügen, bezieht sich auch auf diejenigen ältern Wege, welche ursprünglich Wiche waren, jedoch seit unvordenklicher Zeit von den Grundeigenthümern und Anliegern behufs Bebauung ihrer Ländereien als Nothwege benutzt worden sind.

2) Wenn der Fortbestand solcher älteren Nothwege von dem Polizeiamt verfügt worden ist, können zwar die Betheiligten dagegen den Rechtsweg beschreiten, müssen sich jedoch bis zur definitiven Entscheidung jeder Störung, insbesondere jeglicher Versperrung des Nothwegs enthalten, widrigenfalls sie der gesetzlichen Strafe, insbesondere derjenigen des Art. 70 des Feldstrafgesetzes verfallen.

Der Beschuldigte hatte einen auf der Grenze seines Besitzthums in Frankfurter Gemarkung hinziehenden, den hinterliegenden Grundbesitzern seit unvordenklicher Zeit als Nothweg dienenden Weg durch Aufstellen von Backsteinen versperrt. Vom Polizeiamt wiederholt zur Offenlegung dieses Wegs, als eines „Nothweges", aufgefordert, leistete derselbe keine Folge. Beschuldigter wurde deßhalb auf Antrag der Staatsanwaltschaft vor das Rügegericht geladen und nach stattgehabter Verhandlung durch Urtheil vom 6. Juni 1867, unter Vorbehalt seiner Eigenthumsansprüche, wegen Versperrung eines Nothwegs auf Grund des Art. 70 des Feldstrafgesetzes vom 24. Mai 1861 in eine Geldbuße von fl. 1 und zur Zahlung der Kosten des Prozesses, sowie der Wegschaffung der aufgestellten Backsteine verurtheilt. Die gegen dieses Urtheil Seitens des Beschuldigten erhobene und ausgeführte Nichtigkeitsklage wurde durch Erkenntniß des Obertribunals vom 3. October 1867 zurückgewiesen.

*) Siehe Rundschau 1867, S. 101.

Digitized by Google

Gründe:

Die Einwendungen, welche der Nichtigkeitskläger erhebt, sind nicht begründet.

Derselbe behauptet:

I. Daß das Polizeiamt zur Entscheidung der civilrechtlichen Vorfrage, ob er schuldig sei, den Besitzern der weiter östlich von der Eckenheimer Landstraße belegenen Ländereien einen Nothweg zu gestatten, nicht zuständig gewesen sei, diese Frage vielmehr an das Civilgericht hätte verweisen müssen, und gründet diese Behauptung darauf, daß

1) der vom ersten Richter in Bezug genommene §. 17 des Gesetzes vom 1. April 1851 das Polizeiamt zwar ermächtige, die Eröffnung eines neuen Nothweges anzuordnen, nicht aber einen Weg als Nothweg zu sanktioniren, dessen Eröffnung es nicht angeordnet habe.

2) Daß hier aber in der That auch nicht ein Fall des §. 17, sondern vielmehr des §. 7, N° 1, b. des gedachten Gesetzes vorliege, nach welchem, wenn es sich um Aufhebung eines „Wichs" handle, bei einem etwaigen Widerspruche anderer Interessenten die feldpolizeiliche Behörde nur „vorbehaltlich des Rechtsweges für die Betheiligten" zu entscheiden und dieses die Wirkung habe,

„daß die Strafverfügung des Polizeiamtes bis zur Anerkennung durch die Parteien einfach nicht vorhanden sei."

Beide Behauptungen sind unrichtig. Denn abgesehen davon, daß, wie der erste Richter zutreffend ausführt, nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen die Strafgerichte bei ihren Urtheilen, da wo die Gesetze keine Ausnahme machen, auch die civilrechtlichen Vorfragen zu entscheiden haben, so bestimmt für den vorliegenden Fall

zu 1) der §. 17 a. a. O. ausdrücklich:

„Das Polizeiamt, Feldsection, hat in den einzelnen Fällen, nach vorhergegangener Vernehmung der Feldgeschwornen und Betheiligten zu bestimmen, ob und an welcher Stelle eine Furche oder Nothweg anzulegen sei."

Digitized by Google

Hieraus folgt, daß es auch einen ehemaligen oder noch vorhandenen sogenannten Wich, der ja auch eine Stelle des Feldes ist, als Nothweg bestimmen kann, und daß, wenn ein solcher Wich thatsächlich schon früher als Weg von den betheiligten Interessenten benutzt worden ist, es denselben auch für die Zukunft als Nothweg zu erklären nicht weniger, sondern nur um so mehr berechtigt ist. Was dagegen zu 2) den im §. 7 a. a. O. vorgesehenen Fall betrifft, so liegt dieser hier nicht vor. Denn wenn auch der hier in Rede stehende Wich, wie der Nichtigkeitskläger anführt, schon von seinem Vorbesitzer Trost in einem zwischen diesem und Mack geschlossenen Vertrage für aufgehoben erklärt worden ist, so war dieses doch ohne Zuziehung derjenigen Landbesitzer, denen derselbe als Zugang gedient hatte, eventuell der feldpolizeilichen Behörde ohne rechtliche Wirkung, und da bei jener Aufhebung erweislich weder Eines noch das Andere geschehen ist, so kann von einer Entscheidung der Behörde im Sinne des angezogenen §. 7. N°. 1b hier überhaupt nicht die Rede sein. Wollte man indessen wirklich das der gegenwärtigen Untersuchung vorangegangene Verfahren des Polizeiamtes für eine Ergänzung oder Fortsetzung der zwischen den Nachbarn verabredeten Aufhebung des Wichs ansehen, so gebührte dem Polizeiamte doch auch in diesem Falle die Entscheidung darüber, ob der Aufhebung Statt zu geben sei oder nicht. Allerdings blieb nach der Bestimmung des Gesetzes den Betheiligten gegen diese Entscheidung der Rechtsweg vorbehalten. Dieser Vorbehalt würde aber, wenn anders der Fall des §. 7 a. a. O. als hier vorhanden anzunehmen sein sollte, noch jetzt fortdauern und durch das gegenwärtige Strafverfahren, welches nur den Zweck hat, den vorläufigen Verfügungen des Polizeiamtes Geltung zu verschaffen, in keiner Weise unwirksam gemacht werden. Denn die Wirkung dieses Vorbehaltes kann nicht, wie der Nichtigkeitskläger behauptet, darin bestehen, daß die Verfügung des Polizeiamtes bis zur Anerkennung durch die Parteien als nicht vorhanden anzusehen ist, sondern nur darin, daß die Parteien der Verfügung des Polizeiamtes so lange Folge zu leisten haben, bis im Wege Rechtens etwas Anderes entschieden ist.

II. Ebensowenig begründet ist der zweite Einwand des Nich-

Digitized by Google

tigkeitsklägers, daß der im Art. 70 des Gesetzes vom 24. Mai 1861 gebrauchte Ausdruck „Feldweg" einen öffentlichen Weg bedeute, jene Bestimmung mithin auf einen nur für einzelne Landbesitzer bestimmten Nothweg, um den es sich hier handle, nicht zu beziehen sei Denn nach dem einfachen Sprachgebrauche bedeutet das Wort „Feldweg" nicht mehr und nicht weniger als einen durch das Feld führenden Weg; und wie das Wort „Weg" der generelle Ausdruck für öffentliche und Privatwege ist, so auch das Wort „Feldweg" für solche Wege, die durch das Feld führen. Soll das eine oder das andere Wort daher in einer beschränkteren Bedeutung aufgefaßt werden, so muß dieses aus dem Sinne und dem Zwecke des Gesetzes erhellen. Das Feldstraf-Gesetz, welches nach Art. 1 auf alle Feldpolizei-Vergehen anwendbar ist, die in Feldern, Wiesen u. s. w. verübt werden, gibt zu einer solchen beschränkenden Auffassung keine Veranlassung, und es kann daher auch nicht entscheiden, wenn dasselbe Wort „Feldweg" in dem Gesetze vom 22. März 1836, wie Bender in seinem Handbuche S. 305 u. 306 ausführt, einen öffentlichen Feldweg bedeutet. Dort ist schon in der Einleitung von dem gegen den öffentlichen Weg zu haltenden Wich die Rede. Wenn es daher am Schlusse heißt: „Für alle vor den Thoren neu errichtet werdende Gebäulichkeiten, ... welche an „Feldwege" anstoßen, ... muß ein Wich . . . . . gehalten werden", so folgt von selbst, daß dort nur von öffentlichen Feldwegen die Rede sein kann, da Privatfeldwege häufig selbst bloße Wichs sind, und es nicht in der Absicht der Gesetzgeber gelegen haben kann, gegen einen Wich noch einen zweiten Wich freihalten zu lassen. Aehnliche Erwägungen walten aber bei Auslegung des Art. 70 des Feldstrafgesetzes nicht ob; es kann daher hier der Ausdruck „Feldweg" nur in seinem gewöhnlichen allgemeinen Sinne aufgefaßt werden, der die Privatfeldwege, die noch einer andern Person, als demjenigen dienen, der ihre Versperrung unternimmt, mit in sich schließt.

29.

Die Brochüre „Tagebuchblätter aus dem Jahre 1866" wegen Angriffs auf Anordnungen der Obrigkeit.

Digitized by Google

Beschlagnahme wegen einfacher Injurien, auch ohne Antrag des Beleidigten, nach Art. 2 des (früheren Preßgesetzes) aus Gründen des öffentlichen Interesses.

Die Instanzen hatten die Beschlagnahme aufgehoben, insbesondere weil

1) die Staatsanwaltschaft nur wegen Angriffen auf Anordnungen der Obrigkeit, aus Art. 10 und 11 des (Frankfurter) Preßgesetzes geklagt, von den übrigen, Schmähungen preußischer Beamten und des Königs selbst enthaltenden Stellen aber vorläufig abstrahiren zu wollen erklärt hatte; die dort besprochenen Anordnungen aber

2) — weil vor der Einverleibung Frankfurt's verhängt, — aus staats- und völkerrechtlichen Gründen nicht als „Maßnahmen der Obrigkeit" im Sinne des Gesetzes, also nicht als Anordnungen der Regierung von Frankfurt zu erachten seien.

Die Staatsanwaltschaft stellte drei Nichtigkeitsgründe auf:

1) Verletzung des Art. 285 der — damaligen — Prozeß-Ordnung, weil der Appell-Richter den Antrag auf Verlesung der vorbehaltenen weiteren Stellen abgelehnt;

2) Verletzung des Art. 10 und 11 des — Frankfurter — Preßgesetzes, weil im Juli 1866 der commandirende General im Namen der Krone Preußen die Regierungsgewalt an sich genommen, diese Regierung sich somit als Obrigkeit Frankfurt's dargestellt, überdies aber die Brochüre erst nach erfolgter Einverleibung erschienen, mithin nicht ex tunc, sondern ex nunc zu beurtheilen sei;

3) Der Appellrichter erkenne weder in Form noch Inhalt der ursprünglich incriminirten Stellen den Thatbestand der Art. 10 und 11, ohne daß sich aber ersehen lasse, ob sich diese Entscheidung auf thatsächliche oder Rechtsgründe stütze.

Das Obertribunal in seinem Urtheile vom 10. October 1867 sagt im Wesentlichen Folgendes:

1) Die erste Beschwerde ist begründet, einerlei ob Art. 285 in Betracht kommt, oder nicht, denn die Staatsanwaltschaft hatte ursprünglich die Vernichtung der ganzen Schrift beantragt; die einzelnen hervorgehobenen Stellen konnten also nur als Beispiele

Digitized by Google

gelten und durfte sich der Richter nicht auf sie beschränken; nach Art. 3 des Preßgesetzes aber konnten Druckschriften, ihres strafbaren Inhalts wegen, auch ohne Antrag mit Beschlag belegt werden; die Consequenz hiervon ist, daß auch der ganze Inhalt zu würdigen war. Jedenfalls aber mußte dies der zweite Richter thun, nachdem die Staatsanwaltschaft bei ihm ihren Antrag erweitert hatte. Hiernach war das zweite Erkenntniß zu vernichten und vom Obertribunal als Revisionshof in der Sache selbst zu erkennen.

2) Von dieser Entscheidung mußten jedoch die Beschwerden der Staatsanwaltschaft sub 2 und 3 ausgeschlossen werden. Ob die Preuß. Regierung schon seit dem Tag der Occupation, oder erst seit der Einverleibung Frankfurts als „Obrigkeit" anzusehen, oder ob die Verfolgung wenigstens um deßwillen zulässig sei, weil die Schrift erst nach der Einverleibung im Druck erschienen ist, — dies Alles mußte auf sich beruhen, weil, selbst im Fall der Bejahung, noch immer erst thatsächlich festzustellen wäre, ob die incriminirten Stellen objectiv erdichtete oder entstellte Thatsachen behaupten und hierzu die Acten zur Zeit kein Material bieten.

3) Die Strafbarkeit der Brochüre (nach Anziehung der in Betracht kommenden Stellen) rechfertigt sich aber schon nach Art. 308 des damals noch in Kraft bestandenen Hess. Strafgesetzbuches, wonach zu den Ehrenkränkungen sogar an und für sich wahre Beschuldigungen gehören, welche in solcher Form, oder unter solchen Umständen vorgebracht worden, daß sie die Absicht, zugleich zu beleidigen, erkennen lassen. Dies muß auch auf die gegen die Person Sr. Majestät des Königs ausgesprochenen ehrverletzenden Aeußerungen angewandt werden, während die Beleidigung gegen den Ministerpräsidenten, den Freiherrn v. Manteuffel ꝛc. ꝛc. nach Art. 186 des St.-G.-B. in Betracht kommen, da dieselben als Behörden des preußischen Staates geschmäht sind, welchem Frankfurt zur Zeit des Erscheinens der Druckschrift definitiv angehörte.

4) Allerdings erfordert die einfache Beleidigung überall die Klage des Beleidigten resp. dessen vorgesetzter Behörde. Es handelt sich aber hier nicht um Bestrafung des Urhebers, sondern lediglich um Vernichtung der Schrift, die von dem Antrag der Geschmähten

Digitized by Google

nicht abhängig ist, weil hier kein Privat-, sondern nur das öffentliche Interesse in Frage kommt, vermöge dessen Schriften strafbaren Inhalts der Kenntnißnahme des Publikums wo möglich ganz entzogen werden soll.

5) Nach Art. 2 des fraglichen Gesetzes ist nun zwar in solchem Fall die Vernichtung noch nicht schlechthin geboten, sondern nur gestattet, allein auch von dieser bloßen Befugniß war bei der Schwere der Beleidigungen und der hohen Stellung der Geschmähten Gebrauch zu machen, und zwar konnte nur die Vernichtung der ganzen Schrift ausgesprochen werden.

30.

Dr. Jonas Maas und Meister'sche Eheleute, Intervenienten gegen Philipp Weismantel und Susanna Heß, Interventen, zur Sache Heß c. Cronberger, Insatzforderung betreffend.*).

1) Frankfurter Gesetz vom 16. März 1820 über gerichtliche Transscriptionen: durch die öffentliche Versteigerung geht das Eigenthum auf den Käufer über, nicht erst durch Währschaft, insbesondere bei Grundstücken in der Gemarkung; es gelten wegen Uebergangs des Eigenthums durch Tradition die gemeinrechtlichen Grundsätze; eine vom Verkäufer nach erfolgter Tradition geschehene Insatzbestellung ist nichtig.
2) Die Unterlassung der Anzeige des Verkaufs behufs der Ueberschreibung ist mit Strafe bedroht, ist auch grobe negligentia oder culpa, aber sie begründet einen Schadenersatzanspruch nur, wenn sie mit einem Contracts-Verhältniß in Verbindung steht oder wenn die Grundsätze der lex Aquilia analoge Anwendung finden, nicht aber contra quemcunque ex populo, insbesondere nicht, wenn die unterlassene Anzeige nicht sofort und unmittelbar den Schaden bewirkte, vielmehr der Betrug eines Dritten hinzutreten mußte.

Erkenntniß des Stadtgerichts I. vom 10. Septbr. 1866.

In Erwägung daß

1) durch die öffentlichen Versteigerungs-Urkunden der geschworenen Ausrüfer thatsächlich sichergestellt ist, daß am 25. April 1857 das Grundstück Gew. 4 N° 30* der Frankfurter Gemarkung, welches damals dem hies. Bürger und Gärtner Philipp Carl Cronberger gehörte, der es in den Jahren 1863 und 1864 an die Interventen verpfändet hat, von den Ausrüfern in Gemäßheit des ihnen durch den

*) Siehe Rundschau 1867 S. 15.

Digitized by Google

genannten Eigenthümer ertheilten Auftrags in öffentlichem Ausrufe versteigert und den Intervenienten als meistbietenden und kaufenden Theil um und für fl. 600 zugeschlagen worden ist, welchen Kaufschilling sie auch baar bezahlt haben und darauf hin zu ihrer Legitimation und behufs der Transscription den öffentlichen Versteigerungsact ausgefertigt erhielten, unter diesen Umständen aber die Heimgabe des bezeichneten Grundstücks an die Intervenienten, welche dasselbe eingezäunt haben und sich in seinem unbestrittenen Besitz befinden, um so weniger zu bezweifeln ist, als die Intervenienten keineswegs zu behaupten vermögen, daß Cronberger nach der Versteigerung den Besitz fortgesetzt habe, und ihre Behauptung, daß noch eine symbolische Handlung, wie die Uebergabe von Schlüsseln zur Tradition erforderlich gewesen sei, schon darum nicht zutrifft, weil es sich nicht um eine Behausung, sondern um ein bloßes Grundstück handelt;

2) nicht minder in rechtlicher Hinsicht außer Zweifel steht, daß durch die gedachte, in gesetzlicher Form vollzogene Versteigerung auch das Eigenthum des besagten Grundstücks auf die Intervenienten übergegangen ist, ohne daß es hierzu noch einer gerichtlichen Währschaft oder Transscription bedurft hätte, weil eine Währschaft nach

Art. 9 des Gesetzes vom 16/30. März 1820.
Ges. u. Stat. S. Bd. 2. S. 197 folg.

bei Immobilien, welche in öffentlichen Vergantungen erkauft werden, überhaupt nicht vorgeschrieben ist, und ebensowenig in diesem hier allein maßgebenden Gesetze der Grundsatz sich ausgesprochen findet, daß der Eigenthums-Uebergang bei unbeweglichen Gütern lediglich durch Transscription bewirkt werde; vielmehr in Art. 4 jenes Gesetzes die unterlassene rechtzeitige Anzeige der Besitzveränderung bei der Transscriptionsbehörde nicht mit einem privatrechtlichen Nachtheile, sondern blos mit einer Geldstrafe bedroht wird, wogegen der im Eingang des Gesetzes vorgebrachte allgemeine Erwägungsgrund, daß sowohl die eigene Sicherheit der Grundeigenthümer, als die ihrer hypothekarischen Gläubiger erfordere, jeden Zweifel über den wirklichen Eigenthumsbesitz zu beseitigen, selbstverständlich nicht ausreicht, um andere Rechtsnachtheile zu statuiren, als die in dem dispositiven Theile des Gesetzes selbst ausdrücklich und speciell angeordneten; im

Digitized by Google

Uebrigen aber die Ansicht der Interventen, daß das dem altdeutschen Recht entstammende in der

Ref. II. 3. § 7.

beibehaltene, jedoch schon zu Orths Zeiten (Anm. S. 311) mehrfach außer Uebung gekommene Institut der Aufgift oder Währschaft auch in seiner vollen Wirkung der Raths-Verordnung vom 3. Febr. 1801

Beyerbach, Bd. 11, S. 3045,

beziehentlich dem ihr im Wesentlichen nachgebildeten, ebenfalls hauptsächlich eine finanzielle Tendenz verfolgenden Gesetze vom 16/30. März 1820 zu Grunde liege, als auf einem Irrthum beruhend angesehen werden muß, da im Gegentheil gerade der Inhalt jener Verordnung den Beweis liefert, daß die Entwicklung des älteren germanischen Währschafts-Instituts wie im übrigen Deutschland, so auch dahier durch das Eindringen von römisch-rechtlichen Grundsätzen und namentlich von der Eigenthums-Uebertragung durch traditio unterbrochen worden ist;

Souchay, Anm. Bd. 1, S. 104, 899;

3) außerdem, soviel in städtischer Gemarkung gelegenen Grundstücke anlangt, die im Einklang mit einer richtigen Auslegung der betreffenden Legislation stehende Praxis, darüber, daß der Eigenthums-Uebergang nur durch die gemeinrechtlichen Voraussetzungen und nicht durch die hinzukommende Währschaftsleistung resp. das Zuschreibenlassen bedingt sei, füglich als eine constante angesehen werden darf, wie die Präjudikate bezeugen, welche

Bender, Frankf. Privatr., p. 205, Note 2,

anführt; wobei nur zu bemerken ist, daß zwar in der Interventions-Sache

Friedrichs c. Rechnei-Amt ad caus. Rechnei-Amt c. Grötzinger

das Stadt-Gericht am 1. Nov. 1837 ein richterliches Pfandrecht, welches auf eine bereits vorher verkaufte und tradirte Behausung wegen einer Schuld des noch als Eigenthümer eingeschriebenen Verkäufers bestellt worden war, aus dem Grunde für rechtsbeständig erklärte, weil derjenige, welchem eine Liegenschaft ohne gerichtliche Zuschreibung tradirt worden sei, dem Dritten, welchem dieselbe, ob-

Digitized by Google

wohl erst später auf den Grund der dahier zur Sicherstellung des Immobiliar-Besitzes und des Immobiliar-Credits bestehenden Währschafts- resp. Transscriptions-Register gerichtlich transscribirt, oder pfandweise gerichtlich obligirt worden, im Collisionsfalle nachstehen müsse; welches Erkenntniß indessen am 22. Januar 1838 von dem Appellations-Gericht reformirt worden ist, indem derselbe von dem entgegengesetzten Motiv ausging, daß die hiesigen Statutar-Rechte wegen Uebergangs des Eigenthums bei dem Verkauf eines Immobils auf den Käufer durch Tradition keine von dem gemeinen Rechte abweichenden Grundsätze enthielten;

vergl. auch Extrajudizial-Erkenntniß des O.-A.-G. zu Lübeck vom 30. April 1861, Lömke, Joh. Bapt., Vergünstigung betr.;

Vereins-Sammlung, Bd. 6, S. 51;

4) die augenscheinliche Inconsequenz und gefährliche Mangelhaftigkeit in dem dermaligen System unseres Transscriptions- und Hypothekenwesens, welche schon

Souchay l. c. p. 106

veranlaßt hat, auf die dringende Nothwendigkeit einer Reform hinzuweisen, wie sie auch in neuerer Zeit in den meisten deutschen Gesetzgebungen stattgefunden hat, doch keinen Einfluß auf die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits ausüben darf, welche dem bestehenden Gesetze entsprechen muß, und demgemäß, da die Verpfändung einer fremden Sache ohne Einwilligung des Eigenthümers, demselben gegenüber, ohne alle rechtliche Wirkung bleibt, das Pfandrecht, welches laut des Insatzbriefes Cronberger am 19. September 1863 resp. 23. März 1864 den Interventen auf das ihm noch zugeschriebene, aber längst an die Intervenienten verkaufte Grundstück, Gew. 4, N° 30ª, J. G. betrügerischer Weise constituirt hat, nicht für rechtsbeständig erachtet werden kann;

5) die eventuell von den Interventen gegen die Intervenienten wegen Versäumniß der gesetzlichen Anzeigefrist geltend gemachte Schadenersatzforderung nach den allgemeinen Normen über damnum der rechtlichen Begründung ermangelt, weil, wenn auch das in Frage stehende omittere allerdings eine grobe negligentia oder culpa ent-

Digitized by Google

hält, doch eine solche Fahrlässigkeit nur dann einen Schadenersatzanspruch des Beschädigten zu begründen geeignet ist, wenn dieselbe mit einem Contractsverhältniß in Verbindung steht, oder wenigstens gegen irgend eine auch noch so entfernt liegende contractliche Verpflichtung des Beschädigten verstößt, oder aber wenn die erfolgte Beschädigung sich als eine sichtbare materielle Beschädigung äußerer Gegenstände darstellt, worauf die Grundsätze und Vorschriften der lex Aquilia eine analoge Anwendung zu finden vermögen:

Jhering, Jahrb. für Dogm, Bd. 4, S. 24 folg.;

hier jedoch weder das eine noch das andere Erforderniß vorliegt, indem vielmehr das allegirte Gesetz vom 16./30. März 1820, welches, wie bereits hervorgehoben, privatrechtliche Nachtheile an die unterlassene rechtzeitige Anzeige in dem von den Interventen unterstellten Umfange nirgendwo knüpft, gar nicht die Absicht haben kann, mit dieser Anzeigepflicht eine contractliche Verpflichtung contra quemcunque ex populo zu constituiren;

6) nach dem Vorstehenden die von den Parteien zuletzt ventilirte Frage, ob die quästionirte Frist und Bestrafung in desuetudinem gerathen sei, nicht weiter in Betracht kommt und daher eine Erörterung derselben auf sich beruhen mag.

Aus diesen Gründen wird zu Recht erkannt:

I. Die von Philipp Carl Cronberger, modo dessen zweiten Ehefrau laut der cop. auth. dem Philipp Weismantel, modo der Interventin Susanna Heß zur Sicherung eines Darlehens von fl. 500 resp. fl. 100 auf das, den Intervenienten gehörige Grundstück Gew. 4, N° 30ª, der Frankfurter Gemarkung bestellte Hypothek ist — vorbehältlich der persönlichen Ansprüche der Gläubiger an die Schuldner — nichtig.

II. Nach beschrittener Rechtskraft dieses Erkenntnisses soll wegen Löschung der fraglichen Hypothek, beziehentlich wegen Amortisation der darüber ertheilten Ausfertigung weitere Verfügung ergehen.

III. Haben die Interventen den Intervenienten die verursachten Prozeßkosten nach gerichtlicher Feststellung zu ersetzen.

Digitized by Google

Erkenntniß des Appellat.-Gerichts vom 19. Dec. 1866.
Auf Appellation der Interventen.

1) Was den ersten Theil der Beschwerde der Appellanten betrifft, so kann zur Widerlegung derselben füglich auf die Entscheidungsgründe des stadtgerichtlichen Erkenntnisses vom 10. September d. J. sub 1 — 4 Bezug genommen werden: wobei namentlich hervorzuheben ist, daß das Ober-Appellations-Gericht zu Lübeck in der in der Vereinssammlung Bd. VI. p. 51 folg. abgedruckten Entscheidung vom 30. April 1861 es als eine feststehende durch die betreffenden Gesetze, namentlich durch die Verordnung vom 30. März 1820 ausreichend gerechtfertigte Praxis bezeichnet hat, daß wenigstens bei der Veräußerung von Grundstücken in der städtischen Gemarkung der Uebergang des Eigenthums nur durch die gemeinrechtlichen Vorausſetzungen (Tradition und Zahlung resp. Creditirung des Kaufpreises) nicht durch die hinzukommende Währschaftsleistung resp. Transscription bedingt zu erachten sei — woraus folgt, daß die spätere Verpfändung der hier in Rede stehenden Liegenschaft von Seiten des früheren Eigenthümers an die Appellanten für null und nichtig zu erklären war.

2) Auch der zweite Theil der Beschwerde der Appellanten darüber, daß die Appellaten nicht als ersatzpflichtig ihnen gegenüber erkannt worden, stellt sich nicht als begründet dar. Denn wenn auch den Appellanten zugegeben werden muß, daß auch abgesehen von Obligationsverhältnissen und den Vorausſetzungen der lex aquilia jedermann für die schädlichen Folgen seiner unerlaubten Handlung oder seiner Unterlassung, wo das Gesetz eine positive Handlung gebietet, einzustehen hat — so wird doch immerhin dabei vorausgesetzt, daß die Beschädigung eine unmittelbare und mit Nothwendigkeit oder mindestens mit Wahrscheinlichkeit vorauszusehende Folge der unerlaubten Handlung oder Unterlassung gewesen sei, nicht aber eine indirecte und rein zufällige.

Glück, Pand. IV. p. 324.

Puchta, Pand., 8. Aufl., §. 261.

Nun ist es weiter zwar ganz richtig, daß sich die Appellanten in der Annahme und Erwerbung des Cronberger'schen Insatzes auch

Digitized by Google

nicht im Geringsten eine Unvorsichtigkeit haben zu Schulden kommen lassen, während die Appellaten allerdings der Vorwurf trifft, daß sie der gesetzlichen Vorschrift zuwider unterlassen haben, die Erwerbung des in Rede stehenden Grundstücks rechtzeitig wenigstens zur Transscription anzumelden; — ferner, daß die Appellanten das vermeintliche Insatzrecht nicht haben und, wie es scheint, selbst ihrer persönlichen Forderung verlustig gehen werden, und daß sie diesen Schaden nicht würden haben erleiden können, wenn die Appellaten ihre frühere Erwerbung des Grundstückes gesetzlicher Vorschrift gemäß rechtzeitig zur Transscription hätten vormerken lassen — doch wird man nicht sagen können, daß dieser Schaden eine unmittelbare mit Nothwendigkeit oder auch nur mit Wahrscheinlichkeit vorauszusehende Folge jener pflichtwidrigen Unterlassung der Appellaten sei, — es mußte zur Beschädigung der Appellanten erst noch die weitere täuschende Handlung Cronberger's hinzutreten, ein Factum, welches für die Appellaten ein rein zufälliges war, von derselben gewiß nicht auch nur als wahrscheinlich vorausgesehen werden mußte, und deßhalb kann denselben jene Unterlassung, welche zwar die Möglichkeit der später eingetretenen Beschädigung durch einen Dritten, keineswegs aber die Beschädigung selbst zur Folge hatte, auch nicht als eine zur Entschädigung verpflichtende culpa angerechnet werden.

3) Mit der Verwerfung der Beschwerden der Appellanten rechtfertigt sich nicht nur die Verurtheilung derselben in die Kosten dieser Instanz, sondern auch die Bestätigung der Verurtheilung derselben in die Kosten der vorigen.

Aus diesen Gründen wird die erhobene Appellation unter Verurtheilung der Appellanten zum Kostenersatz als unbegründet verworfen.

Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 10. Sept. 1867.

Auf Appellation der Interventen.

Erkannt:

daß das Erkenntniß des Königlichen Appellations-Gerichts zu Frankfurt a. M. vom 19. December 1866 lediglich zu bestätigen und die Oberappellanten schuldig, auch die Kosten der dritten Instanz zu tragen beziehungsweise den Oberappel-

Digitized by Google

laten zu ersetzen, die Sache an das Königliche Stadt-Gericht zu Frankfurt a. M. zurückzuverweisen.

Gründe.

Die Förmlichkeiten der Oberappellation sind zwar gewahrt, allein dieselbe ist nicht begründet.

I. Es steht thatsächlich fest, daß die Oberappellaten das streitige Grundstück am 25. August 1857 in öffentlicher Versteigerung angekauft und auf Grund dieses Rechtstitels in Besitz erhalten hatten, als der Verkäufer Cronberger dasselbe durch den Insatzbrief vom 19. September 1863 beziehungsweise 23. März 1864 noch an die Oberappellanten verpfändete. Jene behaupten, durch den Verkauf und die Tradition des Grundstücks an sie das Eigenthum desselben erworben zu haben, und beantragen daher die Ungültigkeitserklärung der Hypothekenbestellung des Cronberger, weil Niemand eine fremde Sache verpfänden kann. Die Vorderrichter haben diesem Antrage entsprochen. Zur Rechtfertigung der hiergegen erhobenen Beschwerde suchen die Oberappellanten erstlich auszuführen, daß der Eigenthums-Uebergang eines liegenden Grundstücks jedenfalls dritten Erwerbern von Pfandrechten gegenüber seine Wirkung erst mit der geschehenen Anmeldung bei der Transscriptionsbehörde äußern könnte, selbst wenn er an sich durch Privat-Tradition möglich wäre. Wie dieser Satz aufgestellt ist, leidet er indessen schon an innerer Unschlüssigkeit. Findet nach dem gemeinen und dem Frankfurter Particularrechte der Uebergang des wirklichen Eigenthums eines Grundstücks durch die Uebergabe desselben von Seite des Verkäufers an den Käufer Statt, so kann Letzterer dasselbe vermöge der dinglichen Natur dieses Rechtes auch gegen Jedermann geltend machen, und er allein kann sein Eigenthum mit anderen dinglichen Rechten, wie Hypotheken und Servituten, gültiger Weise belasten. Von dem Erwerbe eines Pfandrechts für Dritte ohne seinen Willen kann dann nicht mehr die Rede sein. Wenn einzelne Gesetzgebungen die Erwerbung des Eigenthums an Grundstücken durch Titel und Besitzergreifung anerkennen und nichtsdestoweniger die gültige Bestellung von Hypotheken dem früheren Eigenthümer bis dahin möglich lassen,

Digitized by Google

daß der neue seinen Besitztitel gerichtlich eintragen läßt, so gestattete sie in der That nicht den Uebergang des vollen Eigenthums in seinem rechtlichen Begriffe vermöge der Tradition, sondern verlegen den Zeitpunkt dieses Eigenthums-Ueberganges in den Moment der Transscription, wie andere Gesetzgebungen die letztere oder einen ähnlichen Akt vor Gericht zur nothwendigen Bedingung jedes Eigenthums-Uebertrages machen und der außergerichtlichen Tradition die Bewirkung eines solchen in strenger Consequenz ganz absprechen. Es ist daher an jedem Orte zu untersuchen, wie weit Abweichungen von dem zur regelmäßigen Herrschaft in Deutschland gelangten Römischen Rechte durch die dortige positive Gesetzgebung feststehen und mithin für die Entscheidung des gegenwärtigen Falles ganz unerheblich, welche Bestimmungen das Preußische Allgemeine Land-Recht, worauf die Oberappellanten sich berufen, darüber enthält. Das Frankfurter Partikularrecht der neueren Zeit gehört zu denjenigen, worin die deutsche Rechtsanschauung, daß der Uebergang des Grundeigenthums durch gerichtliche Anmeldung oder Auflassung bedingt sei, dem Römischen Rechtsgrundsatze seines Uebergangs durch Vertrag und Tradition gewichen ist.

Die Anmerkungen von Orth zur Reform. §. 7, II. 3 und §. 3, II. 6, schildern das Eindringen des Römischen Rechtsgrundsatzes schon in der ersten Hälfte des vorigen Jahrhunderts und heben insbesondere hervor, daß man bei öffentlichen Vergantungen die Aufgiften und Währschaften öfter auch in denjenigen Fällen, wo solche sonst noch nöthig befunden wurden, für überflüssig hielt, weil der Hauptzweck der Währschaften, der öffentliche Glauben, dabei ohnedieß gewahrt sei, wiewohl Orth selbst diese Ansicht nicht billigt. Daß aber seitdem die Römische Lehre, wofür die Reform. übrigens schon erhebliche Zeugnisse enthielt, — vergl. §§. 6, 7, 8, 10, II. 2, mit dem citirten §. 7, II. 3, — in Frankfurt a. M. vollständig die Oberhand gewonnen hat, ist nach dortigen Schriftstellern und Präjudikaten nicht zu bezweifeln und von beiden Vorderrichtern zur Genüge ausgeführt. Die betreffenden Verordnungen wegen der Währschaften vom 3. Februar 1801 (Beyerbach VI. Seite 3045) und über die gerichtlichen Transscriptionen ꝛc. vom

Digitized by Google

16. März 1820 geben vornherein Zeugniß, daß Eigenthumsübertragungen an Grundstücken durch bloße Tradition sehr gewöhnlich waren und haben demgemäß

(Artikel 4, 9 u. f., 13, 14, 15 der jüngeren Verordnung)

zwar das Gebot der Anmeldung und Transscription der Besitzveränderungen liegender Güter bei Vermeidung von Geldstrafen und anderen Nachtheilen erneuert und eingeschärft, allein keineswegs die Anmeldung zur Bedingung des Eigenthums-Uebergangs gemacht, ähnlich wie das Kurtrierische Landrecht, dessen Vergleichung mit dem Frankfurter viel näher liegt, als diejenigen des Allgemeinen Landrechts. Auch hier (§. 1, 3, Titel 18) heißt es ungeachtet des klaren Ausspruchs, daß der Kauf post factam traditionem vollzogen, gültig und kräftig sei und die Unterlassung der gerichtlichen Eintragung keine Nullität nach sich ziehe, im Eingange „die Vorschrift der Eintragung ergehe, zur mehreren Versicherung", wie im Eingange der Frankfurter Verordnung gleichfalls auf die eigene Sicherheit der Grundbesitzer hingewiesen ist, um desto mehr zur Befolgung des Gesetzes anzuspornen, dessen Inhalt darum doch nicht wesentlich über seinen finanziellen Hauptzweck hinausreicht. Der Artikel 13 erkennt unzweideutig an, daß die Ankäufer von Grundstücken seit 1801 ohne die Transscription ihrer Erwerbstitel Eigenthümer geworden sind, und die Annahme, daß Titel und Tradition Eigenthum übertragen, liegt offenbar auch den Bestimmungen über die Folge der sogenannten Restkaufschillings-Contracte in N° 4ª der Verordnung von 1801 und Artikel 19, N° 1, der Verordnung von 1820 zu Grunde, indem darnach der Verkäufer, welcher das Grundstück tradirt hat, vor der Transscription des Kaufacts nur eine gewöhnliche Personalklage auf den Kaufschillingsrest gegen den Käufer haben soll, durch die Transscription aber eine privilegirte Hypothekarklage erlangt,

(vergl. Orth und Souchay zu §. 7, II. 2, der Reform.)

der Käufer also jedenfalls schon durch die Tradition Eigenthum erworben hat, wenngleich ein ferneres Nöthigungsmittel zur Transscription in Art. 19, N° 2, dahin statuirt wurde, daß so wenig der Käufer als der Verkäufer in der Zeit zwischen der Tradition und Transscription das Kaufobject insatzweise mit Schulden belasten dürfe

Digitized by Google

Die von Cronberger im Jahre 1863 an dem fraglichen, durch die Versteigerung von 1857 und den Besitz auf die Oberappellaten übergegangenen Grundeigenthume bestellte Hypothek ist also von den Vorderrichtern mit Recht für ungültig erkannt worden.

II. Die sogenannte Compensations-Einrede der Oberappellanten ist vollends hinfällig. Es fehlt nicht nur an allen rechtlichen Voraussetzungen einer Compensation zwischen der Klage auf Löschung einer Hypothek einerseits und dem angeblichen Anspruche gegen die Kläger und Oberappellaten auf eine Entschädigung wegen dieser, von einem dritten Nichteigenthümer ungültigerweise bestellten Hypothek andererseits, sondern auch an einem vertragsmäßigen oder gesetzlichen Grund zu einer Forderung der Oberappellanten wider die Oberappellaten auf den Ersatz eines Schadens, der ihnen durch die Verpfändung von Seite des Nichteigenthümers Cronberger erwachsen ist, namentlich des Insatzbetrages. Denn ein Vertrag zwischen den streitenden Parteien existirt nicht, und wenn auch die Aquilische Klage in ihrer Ausdehnung auf analoge Fälle culposer Beschädigung fremder Sachen oder Personen nicht erfordert, daß eine Handlung sofort und unmittelbar den Schaden bewirkt habe, so muß der letztere doch eine rechtswidrige positive Handlung des Verklagten zu seiner Ursache haben und darin, daß die Oberappellaten die Anmeldung ihrer öffentlichen Versteigerungsurkunde behufs der gerichtlichen Transscription unterlassen haben, kann solche Ursache an dem durch den Betrug des Cronberger entstandenen Verluste der Ober-Appellanten eben so wenig gefunden werden, wie in diesem Verluste eine Sachbeschädigung im Sinne des Aquilischen Gesetzes. Auf den Schlußsatz der Verordnung vom 30. März 1820 beziehen die Ober-Appellanten sich vergeblich, da der „Schaden und Nachtheil", welcher die dem Gesetze Zuwiderhandelnden treffen soll, in diesem Gesetze selbst nach Obigem zu suchen und zu finden ist.

Demnach war, wie geschehen, zu erkennen und der unterliegende Theil der gesetzlichen Regel gemäß in die Kosten zu verurtheilen, da kein Grund zur Kosten-Compensation vorhanden ist.

Digitized by Google

31.

Königlich Bayrischer Fiscus, Kläger gegen den Fiscus der Stadt Frankfurt, Beklagten, Anspruch auf die Hümmer'sche Verlassenschaft betreffend.

1) Bei der hereditatis petitio kann der Beklagte auch durch einen Anderen (z. B. curator) besitzen.
2) Der Fiscus erwirbt erblose Güter nicht durch Singular-Succession jure occupationis, sondern als Universal-Successor; die Succession erfolgt nach dem Personal-Statut des Wohnorts, nicht nach dem des Geburtsorts, selbst nicht, wenn der Erblasser den Wohnort verlassen haben sollte, ohne einen anderen gewählt zu haben.
3) Res judicata facit jus inter partes; auch bei actiones in rem, wie die hereditatis petitio,
4) Kläger muß nur die Thatsachen beweisen, welche zur Entstehung seines Rechts erforderlich sind, der Beklagte die Umstände, welche das Recht aufheben oder beschränken.

Thatsächliches.

Der Fuhrmann Johann Georg Hümmer war der uneheliche Sohn der Anna Dorothea Hümmer von Oberickelsheim, einem der sogenannten sechs Ansbachischen Maindörfer, welches zu dem Königlich Bayrischen Gebiete Mittelfranken gehört, in denen aber das Preussische Allgemeine Landrecht als subsidiarisches Recht Geltung hat.

Hümmer war 1806 geboren und soll sich in den Jahren 1830 bis 1838 bei einem seiner mütterlichen Oheime in Frankfurt a. M. als dessen Buchhalter aufgehalten haben, und von da ab bis zum Jahre 1844 bei demselben geblieben sein, und zwar, nach der bei der Polizeibehörde gemachten Anzeige, als dessen Knecht, während er angeblich in Wirklichkeit ein selbstständiges Fuhrmanns-Geschäft mit eigenem Geschirr betrieben hat. — Auf einer Geschäftsreise in die österreichischen Staaten verstarb derselbe im April 1845 in Laibach. Sein Nachlaß, zu welchem insbesondere die Verlassenschaft seiner, kurze Zeit vor ihm verstorbenen Mutter gehörte, verblieb in Frankfurt a. M. und wurde daselbst durch einen gerichtlich bestellten Curator verwaltet. Im Jahre 1845 nahmen ein Oheim des Erblassers, Namens Johann Georg Hümmer, und eine Tante, Namens Margaretha Barbara Bauer, geb. Hümmer, Beide zu Frankfurt a. M., den Nachlaß als nächste Intestat-Erben mütterlicher Seits, in

Digitized by Google

Anſpruch; es intervenirte jedoch der Fiscus der Stadt Frankfurt, repräſentirt durch das dortige Rechnei-Amt, indem derſelbe den Erbanſprüchen des Imploranten mit der Behauptung widerſprach, daß nach der Frankfurter Geſetzgebung die mütterlichen Seitenverwandten eines unehelichen Kindes keine Inteſtat-Erbanſprüche an den Nachlaß deſſelben hätten, und nahm die ꝛc. Hümmer'ſche Verlaſſenſchaft für ſich ſelbſt in Anſpruch. In dieſem Rechtsſtreit wurde in letzter Inſtanz von dem Ober-Appellationsgericht in Lübeck unter dem 18. April 1848 dahin entſchieden, daß der Frankfurter Fiscus zu beweiſen habe, daß J. G. Hümmer bis zu ſeinem Tode in Frankfurt gewohnt habe, und gleichzeitig wurde für den Fall des Mißlingens dieſes Beweiſes, den damaligen Klägern, reſp. Imploranten, aufgegeben, darzuthun, daß, nach dem in Oberickelsheim geltenden Rechte, die Verwandten der Mutter eines verſtorbenen unehelichen Kindes, in Ermangelung näherer Inteſtat-Erben, zur geſetzlichen Erbfolge zugelaſſen würden; und von dem Ergebniß dieſer Beweiſe wurde die Anerkennung der gegenſeitigen Erbanſprüche abhängig gemacht. Der dem Frankfurter Fiscus aufgegebene Beweis mißlang, indem die damaligen Kläger und Imploranten einen ihnen über das Beweisthema aufgegebenen Reinigungseid negative ausſchworen; aber auch die Kläger waren außer Stande, den ihnen aufgegebenen Beweis zu erbringen, was die Folge hatte, daß ſowohl der intervenirende Frankfurter Fiscus, als auch die Kläger J. G. Hümmer und M. B. Bauer mit ihren beiderſeitigen Erbanſprüchen abgewieſen wurden.

Nunmehr nahm der jetzige Verklagte den J. G. Hümmer'ſchen Nachlaß als eine in ſeinem Territorio belegene herrenloſe Sache in Anſpruch; wogegen der Königlich Bayriſche Fiscus, als Fiscus des Herkunfts-Ortes des Erblaſſers, die Immiſſion in den Nachlaß verlangte, und im gegenwärtigen Verfahren dieſen Anſpruch, dem Frankfurter Fiscus gegenüber, zur Geltung zu bringen ſucht. Der Kläger vermeint, daß er ſich auf die im gedachten Vorproceſſe ergangenen Entſcheidungen, als auf rechtskräftige Präjudikate berufen könne, die auch ihm zu ſtatten kommen müßten, und er iſt daher der Anſicht: es ſtehe rechtskräftig feſt, daß der Erbanſpruch des Verklagten

Digitized by Google

abhängig sei von dem Nachweis, daß J. G. Hümmer bis zu seinem Tode sein Domicil in Frankfurt gehabt habe; ferner, daß Verklagter diesen Beweis zu erbringen außer Stande sei; daß er deßhalb definitiv mit seinen Ansprüchen an den streitigen Nachlaß abgewiesen, daß sodann die Erbfolge in den Nachlaß nach dem in Oberickelsheim geltenden Rechte, als dem foro originis des Hümmer, zu beurtheilen sei, und daß demzufolge ihm, dem Kläger, der Nachlaß angefallen sei. Verklagter dagegen bestreitet, daß die Entscheidungen im Vorprocesse als rechtskräftige Judikate für den gegenwärtigen Rechtsstreit betrachtet werden könnten, weil Kläger in dem Vorprocesse nicht Parthei gewesen; er behauptet, daß Kläger, als solcher, sein Recht auf den Nachlaß nachweisen müsse, weil, wenn er dies nicht vermöge, der Nachlaß als eine herrenlose Sache, ihm, dem Verklagten, als dem Fiscus der belegenen Sache zufallen müsse, und er ist der Ansicht, daß dem Kläger ein solcher Beweis nicht gelingen könne, weil das forum originis, als ein fingirtes forum domicilii, nur dann in Betracht kommen würde, wenn der Erblasser nicht ein auswärtiges Domicil vor seinem Tode gewählt gehabt habe; gleichviel, ob er dasselbe bis zu seinem Tode auch wirklich beibehalten habe, oder nicht, und er hat sich zu dem Beweis erboten, daß der Erblasser wenigstens eine Zeitlang in Frankfurt a. M. gewohnt habe. — —

Erkenntniß des Stadtgerichts I. vom 13. August 1866.

In Erwägung, daß

— — 3) Die vorgeschützte Einrede des unrechten Beklagten der Begründung entbehrt, da der Beklagte die Verlassenschaft des am 21. April 1845 in Laibach verstorbenen Johann Georg Hümmer aus Oberickelsheim, in Anspruch nimmt und daher auch dann als der rechte Verklagte erscheint, wenn ein Nachlaßcurator für ihn besitzt, indem selbstverständlich bei der heriditatis petitio der Beklagte auch durch einen Andern besitzen kann.

Seuffert, Arch. Bd. 1, N° 265.

Sintenis, Civ.-R. §. 190, Note 27.

und ebensowenig das von dem Beklagten hervorgehobene Moment, daß auch eine angebliche Verwandte des Erblassers, deren mit seinem eigenen Interesse collidirenden Rechte er keinesfalls zu vertreten

Digitized by Google

befugt ist, einen Anspruch an den gedachten Nachlaß erhoben hat, in dem vorliegenden selbstständigen Rechtsstreite zwischen ihm und dem Kläger in Betracht kommt, im Uebrigen aber auch nach Aushandlung dieses Rechtsstreits die beantragte Auslieferung der Hinterlassenschaft an den Kläger erst dann erfolgen kann, wenn derselbe die vorgeschriebene ordnungsmäßige Immission erwirkt haben wird;

4) in der Doctrin des gemeinen Rechts, welches sowohl dem einschlägischen Frankfurter Statutarrecht als dem zu Oberickelsheim subsidiär geltenden allg. Preußischen Landrecht zu Grunde liegt, die Rechtsansicht prävalirt, daß zwischen bona vacantia und res nullius zwischen Succession und Occupation zu unterscheiden ist und der Fiscus in die erbloſen Güter nicht als Singular-Successor jure occupationis eintritt, sondern seine Berechtigung auf vacantia in dem Wesen der Universal-Succession beruht; aus diesem Princip aber der weitere Grundsatz folgt, daß die Succession nach dem Personal-Statut des Erblassers zu beurtheilen ist und nur dem Fiscus des Wohnorts, oder bei Vagabunden, im civilrechtlichen Sinne, dem Fiscus des Heimathsorts, welcher letztere überhaupt beim Mangel eines Domicils entscheidet,

C. 3. de municip. X. 38.

deferirt werden kann.

v. Holzschuher, Casuistik Bd. 2, S. 997

Heimbach in Weiske Rechtslex. Bd. 3, S. 946.

sonach die concrete Rechtsfrage: ob der Königlich Bayerische oder der Frankfurter Fiscus zur Erbfolge des genannten Verstorbenen berufen ist, lediglich von dem einfachen Factum abhängt, wo derselbe zur Zeit seines Todes seinen Wohnort, oder in Ermangelung eines festen Domicils, seine Heimath gehabt hat;

5) die, dem beklagtischen Anspruch klägerischerseits entgegengesetzte replica rei judicatae, gestützt darauf, daß eben jener Anspruch in einem früheren Rechtsstreite des Beklagten gegen Verwandte des Erblassers rechtskräftig abgewiesen worden sei, auf den gegenwärtigen Proceß um deßwillen nicht anwendbar ist, weil es ihr an dem Erforderniß der subjectiven Identität gebricht, da bekanntlich die Rechtskraft nur die Rechte der streitenden Parteien bestimmt, (jus facit

Digitized by Google

inter partes) und mithin der Königl. Bayerische Fiscus, welcher den angezogenen früheren Proceß gar nicht geführt hat, aus dem darin ergangenen rechtskräftigen Urtheil auch keine Rechte erwerben kann, woran auch der Umstand nichts ändert, daß es sich damals gleichfalls um eine hereditatis petitio, also um eine actio in rem gehandelt hat, indem, so nahe auch der Gedanke liegen mag, daß die rechtskräftige Bejahung oder Verneinung des Erbrechtes als eines gegen Jeden wirksamen Rechtes des Berechtigten, auch allgemein für und wider Alle wirksam sein müsse, es sich doch damit anders verhält und auch bei solchen Klagen das rechtskräftige Urtheil nur unter denselben Personen wirkt:

Heimbach, sen., in Weiske Rechtslex. Bd. 11. S. 861. und die daselbst Note 298 allegirte Pandektenstelle.

6) Die Beweislast der von dem Beklagten wiederholt aufgestellten Behauptung, daß der Erblasser zur Zeit seines Todes in Frankfurt seinen Wohnort gehabt habe, darum den Beklagten treffen muß, weil einerseits constatirt, daß der Verstorbene niemals dahier, sondern nur in Oberickelsheim heimathberechtigt gewesen ist und andererseits auch bei dem hier in Rede stehenden erbschaftsrechtlichen Verhältnisse die allgemein über die Beweislast geltende Regel wirksam wird, der Kläger brauche nur die Thatsachen zu beweisen, welche zur Entstehung seines Rechts erforderlich sind, während solche Umstände, welche die Wiederaufhebung oder Beschränkung des Rechts zur Folge haben, einen Gegenstand der Beweisführung des Beklagten ausmachen.

Ober-App.-G.-Erkenntniß zu Lübeck in Sachen Althenn Kinder c. Kahl vom 30. December 1859. Vereinssamml. Bd. 5. S. 193.

7) Der letzte Einwand des Beklagten, daß Kläger mit dem erhobenen Anspruch bereits präcludirt sei, gänzlich unerfindlich ist, da ein Präclusiv-Decret nirgends vorliegt, vielmehr der Kläger in Folge der auf das Immissionsgesuch des Beklagten ergangenen öffentlichen Ladung, welche ohnehin ihrer Natur nach, dem Dritten nicht hinsichtlich petitorischer Geltendmachung von Erbansprüchen, sondern nur bezüglich des vorläufigen Besitzes präjudicirt, nicht versäumt hat, sich rechtzeitig anzumelden,

Digitized by Google

aus diesen Gründen wird für Recht erkannt:

— — — Es wird Kläger, dem Beklagten gegenüber, zur Succession in den Nachlaß des zu Laibach verstorbenen Johann Georg Hümmer aus Oberickelsheim gebürtig, berechtigt erkannt und Beklagter verurtheilt, dem Kläger die verursachten Streitkosten nach deren richterlichen Feststellung zu ersetzen;

es könnte und wollte denn Beklagter binnen 14 Tagen, vorbehaltlich des Gegenbeweises, rechtsbehörig darthun:

daß der genannte Erblasser zur Zeit seines Todes in Frankfurt seinen Wohnort gehabt habe;

worauf in der Sache und der Kosten halber, entsprechende anderweite Verfügung ergehen soll.

Erkenntniß des Appellat.-Gerichts vom 10. Dec. 1866.

Auf beiderseitige Appellation:

— — Es liegt hier die Frage zur Beantwortung vor: welchem der beiden Streittheile das bessere Recht zur Seite steht. Es hat aber Kläger seinen Anspruch lediglich auf die Heimaths-Verhältnisse des Georg Hümmer zu begründen versucht, und auch das Stadtgericht ist dieser Ansicht insoweit beigetreten, daß diese Verhältnisse allerdings alsdann maßgebend seien, wenn der Verstorbene zur Zeit seines Todes seinen Wohnsitz nicht dahier gehabt haben sollte. Es hat daher dem Beklagten in dieser Richtung Beweis auferlegt. Durch diese Entscheidung findet sich dieser und zwar mit Recht beschwert.

Es sind auch in dieser Rechtssache die Grundsätze zur Anwendung zu bringen, wie sie von Savigny im 8. Band seines Systems über örtliches Recht aufgestellt worden sind, und wie sie in der Wissenschaft Anerkennung und in der Rechtsprechung, namentlich der hiesigen, in neuester Zeit stets Eingang gefunden haben. Hiernach kann aber nicht angenommen werden, daß wenn ein Erblasser zur Zeit seines Todes einen Wohnsitz im rechtlichen Sinne nicht gehabt haben sollte, alsdann auf den Zeitpunkt seiner Geburt, also auf den Wohnort, welchen damals sein Vater, resp. seine Mutter hatte, zurückzugehen ist. Dies wäre nur in dem Fall zulässig, wenn derselbe

Digitized by Google

seinen Geburtsort verlassen haben sollte, ohne im Laufe seines Lebens einen andern Wohnsitz gewählt zu haben. Hat er dagegen erweislich einmal einen auswärtigen Wohnort genommen, so kann nur dieser und nicht der Geburtsort auch fernerhin als Anhaltspunkt dienen, selbst wenn er denselben wieder verlassen haben sollte, ohne einen andern zu wählen. Diese Grundsätze müssen auch bei dem Rechte des Fiscus auf einen erblosen Nachlaß berücksichtigt werden.

Savigny, l. c. pag. 102 und 315.

Nun hat aber Beklagter mit genügender Bestimmtheit behauptet, daß Georg Hümmer, nachdem er seine Heimath verlassen hatte, in Frankfurt seinen Wohnsitz im rechtlichen Sinne gehabt habe. Schon seine Mutter sei mit ihm als Kind hierher übergezogen und auch für sein späteres Lebensalter, namentlich für die Zeit vom 18. Januar 1838 bis 1. Januar 1844 seien alle Merkmale vorhanden, daß er nur Frankfurt als seinen Wohnsitz betrachtet habe. Daß der hiernach erforderliche Beweis, wie Beklagter mit seiner ersten Beschwerde beantragt, bereits erbracht vorliege, kann freilich nicht angenommen werden. Kläger hat sich zwar auf einen früher zwischen dem hiesigen Fiscus und Verwandten des Georg Hümmer stattgehabten Rechtsstreit bezogen, jedoch nur im Allgemeinen und auf die damals zur Anwendung gebrachten Rechtsgrundsätze. Daß dieser Rechtsstreit auch für den vorliegenden in allen Beziehungen maßgebend sein solle, ist von dem Beklagten selbst ausdrücklich widersprochen worden. — Die Entscheidung, daß jener Rechtsstreit, weil damals die Parteien ganz andere waren, kein res judicata für den jetzigen darbieten könne, ist daher auf den eigenen Antrag des Beklagten erfolgt. Uebrigens ist auch über die einzelnen Beweismomente in diesem Rechtsstreite überall noch nicht verhandelt. Es muß daher jedenfalls dem Kläger noch Gelegenheit gegeben werden, sich in dieser Beziehung noch näher zu erklären und gegenbeweislich vernehmen zu lassen.

Bei solcher Sachlage kann nur die eventuelle Beschwerde, daß in dem stadtgerichtlichen Beweissatz die Worte „zur Zeit seines Todes" wegzufallen hätten, für begründet erachtet werden. Hiermit erledigt sich die von dem Kläger aufgestellte Beschwerde von selbst. —

Digitized by Google

Aus diesen Gründen

wird der in dem stadtgerichtlichen Erkenntnisse vom 13. August l. J. enthaltene Beweissatz dahin abgeändert:

daß der genannte Erblasser in Frankfurt zu irgend einer Zeit seinen Wohnsitz gehabt habe.

Die Kosten dieser Instanz werden verglichen.

Das Ober-Tribunal bestätigte am 24. September 1867 dieses Erkenntniß.

Aus den Gründen:

— — Das erste Gravamen des Ober-Appellanten geht dahin, daß dem Verklagten überhaupt noch ein Beweis nachgelassen worden sei, während auf Grund des stadtgerichtlichen Bescheides im Vorproceß vom 4. Juli 1849 und des Protokolls über die Ableistung des Reinigungseides seitens der damaligen Kläger vom 3. December desselben Jahres das Gegentheil von dem aufgestellten Beweissatz als rechtskräftig festgestellt hätte erachtet, und demgemäß ein, die Ansprüche des Verklagten abweisendes Definitiv-Erkenntniß hätte erlassen werden sollen.

Diese Beschwerde erscheint völlig unbegründet und zwar schon um deßwillen, weil Ober-Appellant nicht Partei im Vorprocesse gewesen ist, er folglich auch die dort ergangenen Judikate als rechtskräftige Entscheidungen für den gegenwärtigen Proceß nicht anrufen kann. Die Behauptung des Ober-Appellanten, der Verklagte habe zu dem aufgegebenen Beweis schon deßhalb nicht zugelassen werden dürfen, weil aus dem Mißlingen seines Beweises im Vorproceß entnommen werden müsse, daß er auch im gegenwärtigen Verfahren den Beweis nicht werde erbringen können, ergibt sich schon darum als völlig haltlos, weil das gegenwärtige Beweisthema ein von dem früheren völlig verschiedenes ist. Unrichtig ist endlich die Behauptung des Ober-Appellanten, daß der zweite Richter den Verklagten zum Beweise von Thatsachen zugelassen habe, die von dem letzteren gar nicht behauptet worden seien, da der Appellations-Richter sich bei Erlassung des Interlokuts genau an das Beweis-Erbieten des Verklagten angeschlossen hat.

Digitized by Google

Eben so wenig kann das zweite Gravamen, welches gegen die oben angeführte Rechts-Ausführung des Appellations-Richters gerichtet ist, als begründet anerkannt werden. Es ist vielmehr der entwickelten Rechtsansicht im angefochtenen Urtheil lediglich beizutreten, welche auch in der Wissenschaft allgemeine Anerkennung gefunden hat. Sie beruht im Wesentlichen auf der Anschauung, daß, wenn Jemand seinen Geburts- und Heimaths-Ort verlassen und sich auswärts ein Domicil gewählt hat, er gerade hierdurch sich der an diesem Orte geltenden Gesetzgebung für seine persönlichen Angelegenheiten unterwirft. Verläßt er nun den gewählten Wohnort wieder, so liegt kein Grund zu der Annahme vor, daß er sich seinen heimathlichen Rechten wieder habe unterwerfen wollen, wenn er dahin nicht zurückgekehrt ist. Ist daher durch die einmal an einem auswärtigen Orte getroffene Wahl eines Domicils das am Heimathsort geltende Recht als maßgebend ausgeschlossen, so muß dem Ober-Appellanten gegenüber, welcher seinen Anspruch lediglich auf das am Heimaths-Ort des J. G. Hümmer geltende Recht gründet, die Beweisauflage im angefochtenen Urtheil als erschöpfend und zutreffend erachtet werden. Wenn sich nun auch die in der Doktrin herrschende Ansicht auf ein ausdrückliches positives Gesetz nicht stützen kann, so fehlt es auch für die vom Kläger vertretene Ansicht an einer solchen Stütze, da namentlich die Grundsätze des Römischen Rechts in Beziehung auf das forum originis für das heutige Recht ihre Bedeutung verloren haben. Wenn Kläger hierbei wiederholt behauptet, Verklagter habe nur angeführt, daß der Erblasser zur Zeit seines Todes in Frankfurt gewohnt habe, so ist bereits bemerkt, daß dies mit dem Inhalt der Parteischriften in Widerspruch steht, und daß daher von einem Suppeditiren von Thatsachen seitens des Appellations-Richters zu Gunsten des Verklagten keine Rede sein kann, noch weniger aber würde die Behauptung des Klägers Berücksichtigung finden können, daß Verklagter in zweiter Instanz nicht befugt gewesen sei, von einer in erster Instanz gemachten beschränkteren Aufstellung abzugehen oder dieselbe zu erweitern, da es processualisch vollkommen statthaft ist, wenn ein Verklagter in der höheren Instanz seine ursprünglichen thatsächlichen Anführungen

Digitized by Google

in der Art, wie es hier geschehen ist, zu modificiren oder zu erweitern für gut findet.

Wenn endlich Kläger noch hervorhebt, daß der Erblasser, resp. seine Mutter, während ihres Aufenthalts in Frankfurt jedenfalls nur als sogenannte Permissionisten zu betrachten gewesen sein würden, welche, als solche, keinen Anspruch auf das Frankfurter Bürgerrecht gehabt hätten, so kann in dem gegenwärtigen Stadium des Processes auf eine nähere Erörterung dieser Frage nicht eingegangen werden, und muß es dem Kläger überlassen bleiben, hierauf — wenn er sich davon einen Erfolg versprechen zu können glaubt — dann zurückzukommen, wenn es sich von der Prüfung des Beweisresultates handelt.

Hiernach mußte, wie geschehen, das angefochtene Erkenntniß lediglich bestätigt werden.

32.

H. Naß, Kläger gegen die Handlung S. D. Zunz, Beklagte, Forderung betr. *).

1) Klage aus einer Bürgschaft für eine Contocurrentschuld.
2) Art. 41 der D. W.-O.: da rechtzeitige Protestation Bedingung der Entstehung des Regreßrechts ist, so hat der Regredient deren Existenz nachzuweisen.
3) Die Erlöschung des einmal existent gewordenen Regreßanspruchs durch Verjährung muß derjenige beweisen, welcher sie gegen den Regredienten geltend macht.
4) Art. 79 und 80 der D. W.-O.: binnen 3 Monaten vom Tage der Einlösung der Rimessen an muß der Regreßanspruch erfolgt, auch die Insinuation der Klage geschehen sein, sonst ist gleichfalls Verjährung eingetreten, auch gegen den Bürgen.
5) Art. 54 der D. W.-O.: der Regredient muß gegen Zahlung die Rimessen und Proteste ausliefern, beziehungsweise cediren.
6) Der Bürge für eine Contocurrentschuld muß sich, wie der Hauptschuldner, mit den Nachweisen aus dem Contocurrent-Verhältniß begnügen.

Der Kläger behauptet, daß sich die beklagte Handlung durch ihren Theilhaber Nathan Levy bei dem Kläger für die inzwischen fallit gewordene Handlung Davidsburg & Eisenmann bis zum Betrage von fl. 5000 bis fl. 6000 verbürgt habe und daß ihm, dem Kläger, gegen letztere Handlung die in dem Conto-Corrente specifizirte For-

*) Siehe Rundschau 1867, S. 16 und S. 108.

Digitized by Google

derung von fl. 5131. 15 kr. zustehe. Zugleich ist er bereit, der Beklagten gegen Zahlung dieses Betrages nebst Verzugszinsen und Kosten seine Forderung gegen Davidsburg & Eisenmann nebst eine ihm von demselben bestellte Ueberbesserungshypothek von fl. 3000 und allen in seinen Händen befindlichen, auf die in dem Conto-Corrente verzeichneten retournirten Wechsel bezüglichen Urkunden zu cediren und resp. auszuliefern. Die Beklagte stellt dagegen nicht nur jede Verbürgung in Abrede, sondern leugnet auch die Richtigkeit sämmtlicher in dem Debet des Conto-Correntes aufgeführten Posten, mit Ausnahme der Posten 18 und 19, und macht eventuell geltend, daß die in den Soll-Posten 27, 34, 36, 38, 45, 47, 48, 50, 54, 56 und 63 bis 69 als retour gekommen bezeichneten Rimessen präjudicirt oder verjährt gewesen seien und daher der Handlung Davidsburg & Eisenmann nicht belastet hätten werden können. Auch behauptet sie, daß in dem „Haben" des Conto-Correntes die Rimessen nur mit einem Theile ihrer wirklichen Beträge, um mehr als fl. 5000 zu gering aufgeführt seien.

Das Stadtgericht I. erkannte am 5. Septbr. 1866:

Es haben binnen vorzuberaumender Frist, vorbehältlich des Gegenbeweises, zu erweisen,

1) Der Kläger:

a. daß sich die beklagte Handlung durch ihren Theilhaber Nathan Levy ihm, dem Kläger, gegenüber für die Handlung Davidsburg & Eisenmann bis zum Betrage von fl. 5000 bis fl. 6000 oder wie viel weniger verbürgt habe;

b. daß die Posten 1 — 17 und 20 — 69 des Debet des Conto-Correntes der Akten richtig sind.

2) Die Beklagte:

daß die unter II. angegebenen, in dem Debet des Conto-Correntes als retour gekommen aufgeführten Rimessen oder welcher Theil derselben zu der Zeit als sie retour kamen, präjudicirt oder verjährt gewesen seien.

C. Sodann soll in der Hauptsache und wegen der Kosten weitere Verfügung ergehen.

Das Appellations-Gericht im Urtheil vom 3. Dzbr. 1866

zerlegte den Beweissatz sub 1b in 6 einzelne, dem Contocurrent entsprechende Beweissätze a — f, wies die Klage wegen des Postens 57, weil nicht substantiirt, ab und befand rücksichtlich das der Beklagten obliegenden Beweises sub 2 Folgendes:

Der Kläger hat die Handlung Davidsburg & Eisenmann mit dem Betrag jener Posten belastet, weil die dort erwähnten, ihm von dieser Handlung gemachten Rimessen von dem Trassaten zur Verfallzeit nicht bezahlt und deßhalb von dem Kläger wieder eingelöst worden seien.

Diese Belastung ist nur gerechtfertigt, wenn jene, nach der Angabe des Klägers, von ihm eingelösten Rimessen bei Verfall gegen die Trassaten rechtzeitig Mangels Zahlung protestirt worden sind. Nur in diesem Falle steht dem Kläger ein Regreßanspruch gegen die Handlung Davidsburg & Eisenmann zu. Ist dagegen die Protestation bei Verfall nicht rechtzeitig erfolgt, so besteht ein solcher Regreßanspruch gegen die Handlung Davidsburg & Eisenmann und somit auch gegen die Beklagte, als deren angeblichen Bürgen, nicht, und ist alsdann die gedachte Belastung eine nicht gerechtfertigte. Da nun die Beklagte in der Vernehmlassung geleugnet hat, daß jene Rimessen bei Verfall rechtzeitig protestirt worden sind, da nach Art. 41 der D. W.-O. die rechtzeitige Protestation Bedingung der Entstehung des Regreßrechts ist, und somit der Regredient deren Existenz nachzuweisen hat,

Erkenntniß des Appellat.-Gerichts vom 27. Januar 1860 und des O.-A.-Ger. vom 30. September 1861 in Sachen Feuchtwanger c. Isaac, Vereinssammlung Bd. 6. S. 201.

Erkenntniß des O.-A.-G. vom 16. October 1852 in Sachen Wolff & Cie c. Hirsch, Hamb. Samml. Bd. 2, S. 681.

Borchardt, Wechselordnung Aufl. 4, S. 272, Nota 324.

so kann nicht der Beklagten der Beweis auferlegt werden, daß die Rimessen nicht rechtzeitig protestirt worden sind und sich daher als präjudicirt darstellen: vielmehr ist es Sache des Klägers, neben der von ihm behaupteten Einlösung der Rimessen, deren rechtzeitige Protestation darzuthun.

Hiernach ist dem oben unter I. d. aufgestellten Beweissatz noch ein entsprechender Zusatz zu geben. — —

Digitized by Google

Die Beklagte hat nun auch bezüglich der in Rede stehenden Rimessen die Einrede der Verjährung vorgeschützt. In dieser Beziehung trifft aber die Beweislast die Beklagte, denn wer dem Regredienten gegenüber die Erlöschung des einmal existent gewordenen Regreßanspruchs durch Verjährung behauptet, muß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen diese Behauptung beweisen.

Renaud, Wechselrecht S. 227, Nota 12 a. E.
die angezogenen Erkenntnisse i. S. Feuchtwanger c. Isaac.
Borchardt a. a. O.

Der Beklagten liegt daher der Beweis ob, daß die Rimessen als sie von dem Kläger eingelöst wurden, verjährt gewesen seien.

Der Kläger mußte auch nach Art. 79 der D. W.-O. innerhalb dreier Monate, vom Tage der Einlösung der Rimessen an, Klage gegen denjenigen, von dem er die gehabte Regreßsumme in Anspruch nehmen wollte, erheben und mußte die Behändigung der Klage nach Art. 80 der D. W.-O. innerhalb der genannten Zeit erfolgt sein.

Hat der Kläger drei Monate vom Tage der Einlösung an verstreichen lassen, bevor die vorliegende Klage der Beklagten als angeblichen Bürgen der Handlung Davidsburg & Eisenmann behändigt worden ist, so ist, zumal da auch nicht etwa von dem Kläger behauptet worden ist, daß er wegen jener Rimessen jemals eine Regreßklage gegen die Handlung Davidsburg & Eisenmann angestellt habe, auch in diesem Falle ein jeder Regreßanspruch des Klägers hinsichtlich der Rimessen durch Verjährung erloschen.

Hiernach beschwert sich die Beklagte mit Grund über die Fassung des Beweissatzes hinsichtlich der Verjährung und muß dem Beweissatz unter 2. folgende Fassung gegeben werden:

> daß die in den Debetposten 27 u. s. w. des Conto-Corrents als retour gekommen aufgeführten Rimessen entweder zur Zeit ihrer Einlösung durch den Kläger oder zur Zeit der Mittheilung der vorliegenden Klage — 16. Februar 1866 — verjährt gewesen seien.

Der Beklagten durfte auch nicht, wie sie mit Recht hervorhebt, auferlegt werden, diesen Beweis innerhalb der nämlichen Frist anzutreten, innerhalb welcher der Kläger die ihm obliegenden Beweise

Digitized by Google

anzutreten hat, vielmehr war ihr dieser Beweis nur vorzubehalten. Dies ist um so mehr gerechtfertigt, da die Beklagte diesen Beweis nicht füglich antreten kann, bevor sich in dem Beweisverfahren hinsichtlich des obenerwähnten von dem Kläger zu führenden Beweises ergeben hat, zu welcher Zeit die mehrerwähnten Rimessen von dem Kläger eingelöst worden sind.

Mit Grund beschwert sich die Beklagte darüber, daß ihr der Beweis ihrer in der Vernehmlassung einredeweise vorgebrachten Behauptung, wonach die gedachten als retournirt aufgeführten Rimessen von den Bezogenen oder Andern nachher eingelöst worden sind, vorbehalten worden ist. Diese Behauptung ist eine erhebliche, denn wenn die Einlösung dieser Rimessen durch die Bezogene oder andere Personen später dem Kläger gegenüber erfolgt ist, so ist der Kläger nicht berechtigt, die Handlung Davidsburg & Eisenmann mit den betreffenden Posten zu belasten.

Die Beklagte muß daher zu dem Beweis zugelassen werden:

daß die in den Debet-Posten 7 u. s. w. als retour gekommen aufgeführten Rimessen, oder welcher Theil derselben von den Bezogenen oder Andern eingelöst worden sind.

Dagegen kann die Beklagte nicht zu dem Beweis ihrer in der Vernehmlassung einredeweise aufgestellten Behauptung:

daß die von Davidsburg & Eisenmann dem Kläger zugegangenen Rimessen im Haben mehr als Contocorrent aufgeführt und bis zu fl. 5000 oder wieviel sonst mehr betragen haben,

zugelassen werden, da sie die Rimessen, welche mit zu geringen Beträgen aufgeführt sein sollen, nicht näher bezeichnet hat, und es somit jener Behauptung an der erforderlichen Substanziirung fehlt.

Wenn die Beklagte verurtheilt wird, eine Zahlung an den Kläger zu leisten, so muß ihr der Letztere gegen Leistung dieser Zahlung bis zu deren Betrag seine Forderung an die Handlung Davidsburg & Eisenmann und die ihm von dieser Handlung bestellte Ueberbesserungshypothek cediren. Er muß aber auch in diesem Falle diejenigen im Debet des Contocorrents aufgeführten Rimessen, die ihm

Digitized by Google

retournirt und von ihm wieder eingelöst worden sind, der Beklagten cediren und ihr die dazu gehörigen, rechtzeitig Mangels Zahlung erhobenen Proteste verabfolgen, indem ihm hieran, wenn er für seine Forderung an die Handlung Davidsburg & Eisenmann von der Beklagten befriedigt worden ist, ein Recht nicht mehr zusteht, die Beklagte vielmehr nach Art. 54. der D. W.-O. die Auslieferung der Rimessen und Proteste zu beanspruchen befugt ist. Daß dies, wiewohl sich der Kläger zu der gedachten Cession erboten hat, in dem Erkenntniß ausdrücklich ausgesprochen werde, verlangt die Beklagte mit Recht. — — —

Das Ober-Tribunal bestätigte dieses Erkenntniß am 24. September 1867, nahm jedoch in den Beweissatz l. f. noch den Posten 60 des Contocurrents auf.

Gründe:

Die erste Beschwerde des Ober-Appellanten, welche darauf gerichtet ist, daß es nicht lediglich bei der Beweisauflage erster Instanz belassen, vielmehr die Klage hinsichts des Postens 57 angebrachtermaßen abgewiesen und unter II. a. — f. und III. a. die daselbst formulirten Sätze zum Beweise gestellt worden sind, wird durch die Ausführung zu begründen versucht, daß die eingeklagte Forderung auf einem durch die Verklagte verbürgten Contocurrent-Verhältnisse beruhe, und daß kraft der am 1. Juli und 27. October 1865 erfolgten Abschlüsse nicht mehr auf eine Prüfung der Einzelposten des Contocurrents eingegangen, resp. der Posten 57 wegen ungenügender Substanziirung abgewiesen werden könne.

Diese Ausführung zerfällt schon an der Thatsache, daß bereits im Urtheile erster Instanz dem heutigen Ober-Appellanten der Beweis der Richtigkeit aller bestrittenen Debetposten 1 bis 17 und 20 bis 69 aufgegeben worden ist, daß er gegen diese Beweisauflage nicht appellirt hat, vielmehr in gegenwärtiger Instanz deren Wiederherstellung ausdrücklich beantragt.

Wenn nun in dem Appellations-Erkenntnisse diese allgemeine Beweisauflage des ersten Urtheils in ihre speziellen, dem Conto-Current entnommenen Elemente aufgelöst worden ist, so kann dies

Digitized by Google

nur als angemessen anerkannt werden und für den Kläger eine Beschwerde nicht begründen.

Die weitere Bezugnahme desselben auf die am 1. Juli und 27. October 1865 angeblich erfolgten Contocurrent-Abschlüsse und die daraus abgeleitete Schlußfolgerung einer Novation stellt ein nach Art. I. §§. 33 bis 35 der Verordnung vom 12. Dezember 1866 nicht gerechtfertigtes Novum dar, da in den bisherigen Verhandlungen der Abschluß, d. h. die Genehmigung eines Contocurrents durch den Hauptschuldner überhaupt gar nicht, in der Gegen-Erklärung erster Instanz vielmehr nur eine Ueberreichung des Contocurrents an denselben behauptet worden ist.

Lag nun aber demgemäß dem Kläger der Beweis der Richtigkeit der einzelnen Posten des Contocurrents ob, so war selbstredend der Posten 57 angebrachtermaßen abzuweisen, da diese angeblichen Kostenvorlagen in keiner Weise bezeichnet waren, mithin nicht beurtheilt werden konnte, ob ein rechtlicher Verpflichtungsgrund zu deren eventuellen Rückerstattung bestanden habe.

Hiermit zerfällt denn auch die zweite Beschwerde, welche darauf gerichtet ist, daß der Beweis unter II. 2. d. und der Gegenbeweis unter III.a nicht wenigstens auf die nach dem angeblichen Contocurrent-Abschlusse vom 27. October 1865 retournirten Rimessen beschränkt worden sei.

Was die dritte Beschwerde anlangt, so ist es klar und im Allgemeinen nicht bestritten, daß Kläger gegen Zahlung der judicatmäßigen Schuld der Verklagten dieser letzteren die ihm gegen den Hauptschuldner zustehenden Rechte nebst den betreffenden Urkunden und Beweismitteln auszuhändigen verbunden ist.

Nach dem oben Ausgeführten besteht nun aber die eingeklagte Forderung an den Hauptschuldner nicht in einer durch Novation begründeten neuen Gesammtforderung, sondern in den durch die Posten des Contocurrents gebildeten und zu beweisenden Einzelforderungen, folgeweise ist der Kläger nach Art. 54 der Deutschen Wechsel-Ordnung eventuell zur Auslieferung der betreffenden Wechsel und Proteste mit Recht für verpflichtet erklärt worden.

In der Adhäsion der Ober-Appellatin wird zunächst darüber

Digitized by Google

Beschwerde geführt, daß dem Kläger die Beweise unter II. 2. a. — f. nachgelassen und die Klage nicht angebrachtermaßen abgewiesen worden sei.

Die zur Rechtfertigung dieser Beschwerde aufgestellte Behauptung, daß die bloße Angabe der Debetposten im Contocurrent zu unbestimmt sei, um eine gehörige Vertheidigung möglich zu machen, kann als durchgreifend nicht anerkannt werden.

Denn nach den eigenen Ausführungen der Adhärenten in den früheren Instanzen ist es nicht zweifelhaft, daß die Bürgschaft, welche nach dem Beweissatze unter II. 1. durch den Kläger dargethan werden soll, sich auf ein zwischen dem Kläger und der Handlung Davidsburg & Eisenmann zu begründendes Contocurrent-Verhältniß bezogen hat.

So wie nun der Hauptschuldner bei Liquidirung und Feststellung seiner Schuld nur die durch das Contocurrent-Verhältniß gebotenen Aufstellungen und Nachweisen zu erfordern berechtigt war, so muß auch der für diese Schuld eingetretene Bürge sich mit denselben begnügen. Er hat auch nicht zu behaupten vermocht, daß das der Klage zum Grunde gelegte Contocurrent die wesentlichen und üblichen Elemente eines solchen nicht enthalte.

Wenn daher, wie in der eventuellen zweiten Beschwerde weiter ausgeführt wird, durch Nichtangabe des Grundes der Begebung der einzelnen Rimessen, der Personen der Bezogenen, der Wechselsummen, der Verfallzeit resp. des Courses der Rimessen bei den einzelnen Debetposten, die Verklagten sich nicht in den Stand gesetzt erachten, den faktischen und rechtlichen Bestand der Posten selbstständig einer, aller erheblichen Momente auffassenden Prüfung sofort zu unterziehen, so liegt dies in der Natur der von ihnen für die Hauptschuldner übernommenen Verbürgung und nicht in einer unzulässigen oder mangelhaften Formulirung der Klage.

Was endlich den in der Beweisauflage ausgelassenen Posten 60 betrifft (2 fl. 30 kr. für Porto-Auslagen), so ist derselbe in den Beweissatz unter II. 2 f., in welchem ein ähnlicher Posten von 2 fl. (N: 42) enthalten ist, noch aufzunehmen. — — —

Digitized by Google

33.

Maler Peter Becker, Kläger gegen Dr Georg Berna, Beklagten, Forderung betr.

Klage auf Bezahlung von Aquarellbildern; Prüfung, ob die Verhandlungen bei der Bestellung der Bilder ergeben, daß dem Besteller ein Einredebeweis nachzulassen sei.

Das Stadtgericht I. erkannte am 29. August 1866:

I. Kläger hat rechtsgenügend darzuthun:

daß der Preis von fl. 1000 für die beiden von dem Beklagten bei dem Kläger bestellten, in act. näher beschriebenen Aquarellbilder ein dem künstlerischen Werth dieser Bilder vollkommen entsprechender sei,

wogegen dem beklagten Theile nicht nur der Gegenbeweis im Allgemeinen, sondern insbesondere auch dahin vorbehalten wird,

a. daß Kläger dem Bevollmächtigten des Beklagten, Kohlbacher, gegenüber den Preis für von ihm zu fertigende Aquarellbilder in der Größe wie die von ihm dem Kunstverein verkauften auf fl. 60, und wenn es sich um mehrere Bilder handle, auf fl. 50 per Stück festgesetzt habe,

und

b. daß bei dem Preise von fl. 60 und resp. fl. 50 für ein Aquarellbild in der sub a angegebenen Größe der Preis für die beiden im Auftrage des Beklagten angefertigten Bilder mit zusammen fl. 500 sich bei bloßer Berücksichtigung der größeren Dimensionen als ein durchaus zureichender darstelle.

II. Bleibt in der Sache selbst sowie der Kosten wegen weitere Entscheidung vorbehalten.

Das Appellations-Gericht im Erkenntnisse vom 16. Januar 1867 befand nach Prüfung der Verhandlungen bei der Bestellung der Bilder: — — —

Die Uebereinkunft, welche Kohlbacher wegen kleiner Aquarellbilder eingeleitet hatte, kam nicht zu Stande, und ebensowenig wurde nach Berna's eigener Angabe eine Vereinbarung getroffen, durch welche für die von dem Kläger wirklich gelieferten Bilder, welche sich zugegebener Maßen von den früher in Aussicht genommenen

Digitized by Google

rücksichtlich der Größe und der Art der Ausmalung wesentlich unterschieden, irgendwie ein Preis bestimmt worden wäre.

Unter diesen Umständen ist die Zulassung der Beklagten zu einem Einredebeweise unstatthaft. Es muß vielmehr bei dieser Lage der Sache lediglich den Sachverständigen, welche ernannt werden, um in Folge des dem Kläger obliegenden Beweises, sich über die Richtigkeit oder Angemessenheit des von ihm für die gelieferten Bilder geforderten Preises auszusprechen, überlassen bleiben, vor ihrem Ausspruche zu erwägen, ob und inwieweit die von dem Kläger zugegebene Thatsache, daß er, ehe er seine Arbeit für den Beklagten begonnen hat, kleine von ihm nach der Natur aufgenommene Aquarellbilder im Kunstvereine zum Verkaufe um den Preis von 50 — 60 Gulden ausstellen ließ, bei Bemessung des Preises, welcher ihm für die zwei hier in Betracht kommenden größeren und sorgfältiger ausgemalten Aquarellbilder gebührt, in Betracht zu ziehen sei — — —

und ließ die vorbehaltenen Gegenbeweise in Wegfall kommen.

Das Ober-Tribunal bestätigte am 8. October 1867 dieses Erkenntniß

Aus den Gründen:

— — Der von dem Stadt-Gericht in dessen Interlokut vom 29. Aug. 1866 getheilten Ansicht des Verklagten durfte nicht beigepflichtet, vielmehr mußte mit dem dortigen Appellations-Gericht die Forderung des Klägers im Princip für begründet erachtet werden. Denn in der Verhandlung Kohlbacher's mit Becker über den Preis für die Anfertigung von Aquarellbildern einer bestimmten Größe würde jedenfalls nur dann ein Normativ der Preis-Ermittelung für die spätere Anfertigung größerer Aquarellbilder Becker's für und im direkten Auftrage Berna's zu finden sein, wenn die erweiterte Ausdehnung eines Aquarellbildes zu dem Preise desselben in einem sich von selbst verstehenden Verhältniß stände, was indeß bei der Natur des Gemäldes, als eines Kunstgegenstandes, nicht der Fall ist.

Für die Entscheidung des gegenwärtigen Rechtsstreites konnte es also nach Lage der Sache nur allein noch darauf ankommen, ob und inwiefern der von dem Kläger geforderte Preis von fl. 1000

Digitized by Google

für die beiden bei ihm vom Verklagten bestellten und diesem abgelieferten Aquarellbilder als ein dem künstlerischen Werth derselben entsprechenden zu erweisen sei, und hat das Appellations-Gericht nach richtigen Grundsätzen erkannt, indem es in der von ihm bezeichneten Weise den desfallsigen Beweis und Gegenbeweis hier für allein zulässig erachtete, dagegen die in dem stadtgerichtlichen Interlokut auch bezüglich jener früheren Verhandlung mit Kohlbacher vom Verklagten noch insbesondere vorbehaltenen Gegenbeweise, in Wegfall brachte.

Das Appell. Urtheil hat hiernach, ohne daß es einer Erörterung über die Qualification dieser Gegenbeweise, als einer negativen Litiscontestation oder als einer Einrede, noch weiter bedurft hätte, wie geschehen, lediglich bestätigt werden müssen.

34.

Hove & Cie, Klägerin gegen A. Marx jun., Beklagte, Forderung betr.

1. Art. 347 d. H.-G.-B.: Die Dispositionsstellung hat innerhalb eines modicum tempus zu geschehen, insbesondere bei Bemerkung einer Reclamationsfrist auf der Factura.
2. Art. 359 d. H.-G.-B.: nur bei Untheilbarkeit des gesammten Waarenbetrags darf die Annahme selbst des unbeanstandeten Theils verweigert werden; ein Großhändler muß daher die wenigen beanstandeten Stücke der größeren unbeanstandeten Sendung behalten.

Erkenntniß des Stadtgerichts I. vom 3. October 1866.

In Erwägung, daß

— — 2) Die Behauptung der Klägerin, daß die Dispositionsstellung der fraglichen Waaren von Seiten der Beklagten, welche anfänglich nur die genügende Qualität und erst später den Mangel an Breite gerügt habe, nach Art. 347 des H.-G.-B. verspätet und unstatthaft sei, unbegründet erscheint, da, wenn es auch nicht nur der kaufmännischen Ordnung entspricht, sondern auch positiv vorgeschrieben ist, daß eine nicht empfangbare Waare nicht blos ohne Verzug, d. h. innerhalb eines modicum tempus, zur Verfügung gestellt, sondern auch dem Verkäufer angegeben werde, worin die Contrakts- oder Gesetzwidrigkeit der Waare bestehe,

Treitschke, Kaufcontract (2. Aufl.) S. 359.

Digitized by Google

doch die Beklagte dieser ihrer Verbindlichkeit insoweit genügend nachgekommen ist, als sie bereits am 25. Januar l. J., also am 7. Tage nach Empfang der am 18. ejusd. in ihren Besitz gelangten Waare den angeblichen Mangel an Breite geltend gemacht hat, welche Reclamation um so weniger für verspätet erachtet werden kann, als auf der eigenen Factura der Klägerin die gedruckte Vormerkung sich findet:

„Reclamationen, später als acht Tage nach Empfang der Waare, werden nicht mehr angenommen";

während daraus, daß nicht gleich der erste Brief der Beklagten vom 19. Januar l. J. des im zweiten Briefe vom 25. ej. angezeigten Mangels erwähnt hat, noch nicht folgt, daß der Beklagte in dieser Beziehung die Waare für empfangbar habe erklären wollen,

vergl. Thöl, Handelsr. I. S. 499.

und zwar im vorliegenden Fall schon deßhalb nicht, weil gerade auf Grund jener von der Klägerin ihrer Factura beigefügten Bemerkung die Beklagte keinen Anlaß hatte, in continenti die Waare auch in Bezug auf deren Breite genau ausmessen zu lassen;

3) die Parteien zwar darin übereinstimmen, daß die Bestellung der Waaren, ohne daß die Breite der einzelnen Stücke besonders bedungen worden, in den früher gelieferten Breiten auszuführen gewesen sei; jedoch einerseits das Normalmaas dieser früheren Lieferungen bestritten ist, indem dasselbe nach der klägerischen Angabe bei der 4/4 Halbleinen 62—63 ctm. und bei den 8/4 Halbleinen 115—116 ctm. nach der beklagtischen Angabe dagegen durchgängig 66 resp. 122 ctm. betragen haben soll, und andrerseits von der Klägerin, gegenüber der von der Beklagten über die Breiten gemachten Aufstellung, behauptet wird, principaliter, daß sich bei keinem der von ihr gelieferten Stücke eine Breite von weniger als 62 resp. 115 ctm. vorfinde; eventualiter, daß die letzte Sendung bezüglich der Breiten der einzelnen Stücke ganz so variirend wie die früheren Sendungen ausgefallen sei, und daß insbesondere auch in den früheren Sendungen Stücke von 61 resp. weniger als 115 ctm. Breite sich befunden hätten, was Beklagte in Abrede stellt, sonach der Klägerin, als dem verkaufenden Theile, der Beweis obliegt, daß sie dem Uebereinkommen gemäß, die Waare in derselben Breite, wie

Digitized by Google

früher, geliefert habe; wobei es der Beklagten überlassen bleiben muß, gegenbeweislich den von ihr angegebenen Sachverhalt darzuthun.

4) Die Anwendbarkeit des von der Klägerin angezogenen Art. 359 des H.-G.-B. lediglich von dem Ergebniß des Beweisverfahrens abhängt, da, wenn es sich herausstellen sollte, daß die größere Anzahl der Stücke nicht die gehörige Breite hat, der Beklagten, welche unbestritten Großistin ist, auch nicht angesonnen werden darf, den Rest der Lieferung zu behalten, weil es in der Natur der Sache liegt, daß ein Großhändler, welcher in allen Dessins assortirt sein muß, wenn er eine größere Zahl von Stücken kauft, die Absicht hat, die größere Zahl zusammen zu besitzen; wogegen für den umgekehrten Fall, daß ausnahmsweise nur einige wenige Stücke etwas zu schmal sein sollten, die Dispositionsstellung der ganzen Sendung nicht gerechtfertigt sein würde, zumal ein unerheblicher Fehler namentlich nach den Grundsätzen des ädilitischen Edicts nicht in Betracht kommt und die Rehibition nicht begründet;

5) der Klägerin der Beweis ihrer Replik nachzulassen ist, daß die Beklagte die quästionirte Waare in Handel genommen habe, da hierdurch die Verfügungsstellung stillschweigend wieder aufgehoben worden wäre;

6) der beklagtische Einwand bezüglich eines Sconto's von 10% inzwischen völlig gegenstandlos geworden ist, da die Beklagte, wenn sie den Proceß gewinnt, gar nichts zu zahlen hat; verliert sie ihn aber, auch keinen Sconto abziehen kann, weil derselbe eine rechtzeitige Zahlung voraussetzt, und die der Beklagten ihrer eigenen Angabe nach zugestandene Frist von drei Monaten durante lite längst verstrichen ist, ohne daß die Klägerin Zahlung erhalten hat; aus diesen Gründen wird für Recht erkannt:

Klägerin hat, vorbehältlich des Gegenbeweises, darzuthun:

daß die Lieferung der fraglichen Waaren bezüglich der Breiten der einzelnen Stücke in gleicher Weise, wie die früheren Lieferungen, ausgefallen sei;

oder

daß die Beklagte die gedachten Waaren in Handel genommen habe.

Digitized by Google

Je nach dem Ergebniß des Beweisverfahrens soll die Sache selbst und der Kosten halber weiter erkannt werden, was Rechtens.

Erkenntniß des Appellat.-Gerichts vom 11. März 1867.

Auf Appellation der Klägerin.

1) Die erste, sofortige Verurtheilung bezweckende Beschwerde der Klägerin muß aus den Gründen des Stadtgerichts unter 2, verworfen und mag denselben nur noch beigefügt werden, daß der Beklagtische Brief vom 19. Januar 1865 dem Hauptzwecke des Gesetzes, den Verkäufer über das Schicksal des Geschäfts sofort zu vergewissern, in ausreichender Art entsprach.

2) Die erste eventuelle Beschwerde muß für begründet erachtet werden; denn während Beklagte selbst zugesteht, daß von den Ballots N: 250 und 251 wirklich vier Stücke und von dem Ballot N: 252 sogar fünf Stücke die von ihr verlangte Breite von 66, bezüglich 122 Centimetres besitzen, kann Dasjenige, war sie für ihr Recht geltend macht, diese einzelnen Stücke dennoch nicht anzunehmen, in keiner Art eine genügende Begründung dafür gewähren — 4 und 5 Stücke gleicher Breite kann stets auch der Großhändler benutzen, und da die Rechtsprechung feststeht, daß nur im Falle der Untheilbarkeit des gesammten Waarenbetrages Annahme selbst des unbeanstandeten Theils verweigert werden darf, so muß Beklagte zur Behaltung dieser 9 Stücke sowie Zahlung ihres an sich zugestandenen, nach Maßgabe der Factura von den Parteien noch zu berechnenden Preises der unbeanstandeten 9 Stücke sammt 6% Zinsen vom 16. Februar 1866 an sofort verurtheilt werden.

3) Auch die zweite vorsorgliche Beschwerde wegen der Vertheilung der Beweislast ist begründet. Nicht die Klägerin, sondern die Beklagte muß hier beweisen. Diese gibt dafür, daß sie die Waaren zur Verfügung gestellt hat, deren Eigenschaft als empfangbares Kaufmannsgut überhaupt und deren Bestellung, Empfang und berechnete Preise sie zugesteht, lediglich den Grund an, daß ihr von der Klägerin für die zu liefernden Stücke des Ballots N: 252 eine solche von 122 Centimetres versprochen gewesen sei, wie die früheren Lieferungen denn auch stets nur von dieser Breite gewesen wären, was beides die Klägerin leugnet, indem sie ihrerseits behauptet, es sei gar keine

Digitized by Google

besondere Zusicherung wegen der Breite für das Geschäft ertheilt worden, wie denn auch die früheren Lieferungen nur in der Breite von 115—116, bezüglich 62—63 Centimetres geschehen seien. Sonach muß denn auch jetzt die Beklagte ihre Einrede besonderer Zusicherung der von ihr behaupteten Breiten oder, was dem gleichstünde, daß alle früheren Lieferungen gleichfalls diese Breiten gehabt hätten, ordnungsmäßig darthun, wogegen der Klägerin nach beiden Richtungen der Gegenbeweis vorzubehalten ist, also daß vielmehr die von ihr nur vorsorglich behaupteten Breiten von 62—63 bezüglich 115—116 Centimetres bedungen oder die früheren Lieferungen gleichfalls nur sie gehabt hätten, während ein besonderer Gegenbeweis der Ueblichkeit der von Klägerin gelieferten Breiten ihr darum nicht noch nachgelassen werden kann, weil beide Theile gleichmäßig darin übereinstimmen, daß für das fragliche Geschäft keineswegs eine etwaige allgemeine Ueblichkeit maßgebend sein sollte.

Aus diesen Gründen wird hiermit, unter Aufhebung des Stadtgerichtsurtheils vom 3. October 1866 theils bestätigend, theils abändernd, erkannt:

A. Beklagte hat an Klägerin für die unbeanstandet gebliebenen vier Stücke der Ballots N° 250 und 251 und fünf Stücke des Ballots N° 252 den nach Maßgabe der Factura von den Parteien noch zu berechnenden Betrag dafür sammt 6% Zinsen von Behändigung der Klage an, 16. Februar 1866, binnen anzuberaumender Frist zu bezahlen.

B. Beklagte hat zu beweisen und zwar entweder

a. daß ihr für die Stücke der Ballots N° 250 und 251 von Klägerin eine Breite von 66 Centimetres und für diejenigen des Ballots N° 252 von 122 Centimetres versprochen gewesen sei, oder

b. daß ihr Klägerin bei den früheren Lieferungen stets eben diese Breiten gewährt habe.

C. Der Klägerin bleibt Gegenbeweis im Allgemeinen, sowie besonders darüber vorbehalten, daß vielmehr nur die Breite von 62—63, bezüglich 115—116 Centimetres versprochen oder auch bei den früheren Lieferungen eingehalten worden sei.

Digitized by Google

D. Außerdem steht auch der Klägerin der Beweis ihrer Replik zu: daß Beklagte die gedachten Waaren in Handel genommen habe.

E. Je nach dem Ergebnisse dieser Beweise hat alsdann das Stadtgericht in der Sache selbst sowie der Kosten wegen das Weitere zu erkennen.

F. Die Kosten dieser Instanz werden verglichen und hat Beklagte der Klägerin die halben Protokoll- und Urtheilsstempel zu erstatten.

Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 22. October 1867.
Auf beiderseitige Appellation

Erkannt:

Daß das Urtheil des Königlichen Appellations-Gerichts zu Frankfurt a. M. vom 11. März 1867 insoweit zu bestätigen, als Verklagte sub Lit. A. zur Zahlung verurtheilt worden ist, im Uebrigen dahin abzuändern, daß Klägerin binnen 14 Tagen, vorbehaltlich des Gegenbeweises, darzuthun hat:

daß die Lieferung der fr. Waaren, bezüglich der Breiten der einzelnen Stücke, in gleicher Weise, wie die früheren Lieferungen, nämlich in der Breite von 62—63 Centim. hinsichtlich der 4/4 und von 115—116 Centim. hinsichtlich der 5/4 Waaren ausgefallen sei,

oder

daß die Verklagte die Waaren in Handel genommen habe, daß je nach dem Ergebniß dieser Beweise das Königliche Stadt-Gericht in der Sache selbst und der Kosten wegen das Weitere zu erkennen hat.

Daß endlich die gerichtlichen Kosten beider Parteien zu gleichen Theilen aufzuerlegen, die außergerichtlichen zu kompensiren.

Gründe.

Die Annahme des Appellations-Richters, daß 4 resp. 5 Stücke der hier in Rede stehenden Waarengattung von gleicher Breite, auch von einem Großhändler stets benutzt werden können, ist durch die Ausführungen der Ober-Appellantin nicht widerlegt worden, indem

Digitized by Google

dieselbe nicht einmal behauptet hat, daß sie die betreffenden Waaren nur von der Klägerin beziehe und Kauflustige von mehr als 9 Stücken nicht befriedigen könne. Hiermit ist denn auch die im Art. 359 des H.-G.-B. vorausgesetzte Theilbarkeit der Waarenbestellung gegeben, da eine entgegenstehende Vereinbarung unter den Parteien nicht behauptet worden ist. Die Beschwerde gegen die Verurtheilung zur Zahlung der betreffenden Stücke ist daher als unbegründet zu verwerfen. Als begründet muß dagegen die Beschwerde hinsichtlich des der Ober-Appellantin auferlegten Beweises erachtet werden. Dieselbe hat nämlich die Annahme der qu. Waaren unter der Behauptung verweigert, daß ihr schon von der Klägerin mehrmals Lieferungen solcher Waaren mit den Breiten von 66 resp. 122 Centim. gemacht worden, daß bei der neuen Bestellung dieselben Breiten selbstverständlich gewesen, und daß dies auch bei der Bestellung selber der Reisenden der Klägerin ausdrücklich bemerkt worden sei. —

Seitens der Klägerin ist Letzteres bestritten, dagegen erklärt worden: es sei bei der letzten Bestellung gar keine Rede von der Breite der Waaren gewesen; dieselbe habe daher selbstverständlich die nämliche sein sollen, wie bei den früheren Lieferungen, und diese habe nur 62—63 resp. 115—116 Centim. betragen.

Aus diesen Erklärungen der Parteien, insbesondere der der Klägerin, ergibt sich nun aber, daß jedenfalls eine, wenn auch nur stillschweigend angenommene Vereinbarung über die zu liefernde Breite der Waaren bestanden hat, die Klägerin mithin, welcher vor Allem die vertragsmäßige Lieferung der Waaren obliegt, beweisen muß, daß die von ihr bewirkte Waarensendung jener Verabredung wirklich entsprochen hat.

Es mußte daher unter theilweiser Reformation des angegriffenen Erkenntnisses die Beweisauflage erster Instanz mit der durch die Erklärung der Klägerin an die Hand gegebenen Ergänzung wieder hergestellt werden.

35.

J. Schultheiß, Kläger, gegen H. Leonhardt, Beklagten, Pachtzinsforderung und Räumung betreffend.

Digitized by Google

1) Ref. II. Tit. 14, §. 6: der über ein ländliches Grundstück auf unbestimmte Zeit abgeschlossene Pachtvertrag gilt, wenn er ein Jahr lang eingehalten worden und eine Kündigung nicht erfolgte, als stillschweigend auf ein Jahr verlängert.

2) Ist eine Kündigung erfolgt, auch die Räumungsklage angestellt, so kann aus einem Sitzenlassen im Pachtgute, eine relocatio tacita nicht gefolgert werden.

Das Stadtgericht I. erkannte am 12. Septbr. 1866: die Klage stützt sich, soweit sie auf Räumung des in Rede stehenden Pachtgutes gerichtet ist, einerseits auf die mit der Klagschrift vom 20. Dezember 1865 zweimonatliche Kündigung und andererseits auf die Behauptung, daß der Beklagte von dem bis zum 14. März 1866 fällig gewesenen Pachtzinse den Betrag von fl. 224. 2 kr. nicht berichtigt habe. Was zunächst die erwähnte Kündigung betrifft, so kann es nach dem klaren und unzweideutigen Wortlaute des §. 3 des Pachtvertrages keinem Zweifel unterliegen, daß der Kläger vollkommen berechtigt war, zu jeder Zeit zwei Monate nach erfolgter Kündigung die Räumung des Gutes von Seiten des Beklagten zu verlangen. Wenn daher der Beklagte jetzt geltend machen will, daß nach dem wahren Willen der Contrahenten das Kündigungsrecht des Klägers an eine dem Kläger von Herrn Hahn zugegangene vierteljährige Kündigung habe geknüpft sein sollen, so kann diesem Einwande als dem Inhalte jenes Vertrages direkt widersprechend keinerlei Beachtung zu Theil werden. Der Beklagte hat jedoch auch den weiteren Einwand erhoben, daß der Kläger nach dem Abschluß des Vertrages auf das ihm eingeräumte Kündigungsrecht verzichtet habe, und es frage sich daher, ob dem Beklagten bei der desfallsigen verneinenden Gegenerklärung des Klägers in dieser Beziehung der Beweis vorzubehalten sei. Diese Frage muß aber verneint werden. Sollte nämlich auch der Kläger wirklich auf das ihm durch §. 3 des Vertrages eingeräumte Kündigungsrecht verzichtet haben, so würde hieraus doch keineswegs folgen, daß der Kläger nunmehr gar kein Kündigungsrecht mehr habe und den zufolge des gedachten §. 3 auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Pachtvertrag nach Belieben des Beklagten so zu sagen auf ewige Zeit aushalten müsse. Es wäre vielmehr anzunehmen, daß in diesem Falle an die Stelle eines vertragsmäßigen Kündigungsrechtes lediglich die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen hätten treten sollen.

Digitized by Google

Ist aber ein Pachtvertrag über ein ländliches Grundstück auf unbestimmte Zeit abgeschlossen und ein Jahr lang eingehalten worden, so gilt derselbe in Ermangelung einer Kündigung von einer oder der anderen Seite nach bekannter gesetzlicher Vorschrift als stillschweigend auf ein Jahr verlängert. Der Kläger wäre daher jedenfalls berechtigt gewesen, den am 14. März 1864 in Kraft getretenen Pachtvertrag für den 14. März 1866 zu kündigen, und da dieser Zeitpunkt inzwischen längst eingetreten ist, so kann die Räumungspflicht selbst nach dessen eigenem Vorbringen zur Zeit nicht mehr zweifelhaft sein. Bei dieser Sachlage kann daher auch die Frage, ob die Räumung nicht auch wegen rückständigen Pachtzinses zu erfolgen habe, unerörtert bleiben. — — —

Aus diesen Gründen wird hiermit zu Recht erkannt:

der Beklagte hat die Hofraithe zur Salpeterhütte, welche er von dem Kläger gepachtet hat, sammt dem dazu gehörenden Feldgute binnen 14 Tagen zu räumen.

Das Appellationsgericht bestätigte am 18. Januar 1867, das Ober-Tribunal am 5. November 1867 dieses Erkenntniß.

Gründe.

Den Gründen des Königlichen Appellations-Gerichts, beziehungsweise des Stadtgerichts hat überall beigepflichtet, und daher, wie geschehen, lediglich bestätigend, erkannt werden müssen.

Eine unzulässige Veränderung oder Vermehrung des Klagegrundes hat nicht stattgefunden, da die am 20. December 1865 angestellte Räumungsklage, über deren Qualifikation als einer solchen, zwischen den Parteien kein Streit besteht, indem in der Klageschrift vorbehaltenen Klage Nachtrag vom 25. Juni 1866 ausdrücklich auch auf das in dem §. 3 des Pachtvertrages vom 14. März 1864 festgestellte zweimonatliche Kündigungsrecht gestützt ist, und es daher eine sowohl wegen rückständigen Pachtzinses, als auch in Anwendung des vertragsmäßigen Kündigungsrechts erhobene Räumungs-Klage war, worauf der Beklagte zu antworten hatte, und, ohne die Zulässigkeit des letztern Grundes anzufechten, in seiner Vernehmlassung vom 29 Juni 1866

Digitized by Google

resp. der Duplik vom 23. August 1866, nach beiden Richtungen hin, wirklich geantwortet hat.

Sodann ist von dem Appellations-Gericht übereinstimmend mit dem Stadtgericht mit Recht angenommen worden, daß der Kläger durch den § 3 des Vertrags vom 14. März 1864 zu einer zweimonatlichen Kündigung berechtigt war. Die desfallsige Interpretation der Instanz-Richter ist so zutreffend und erschöpfend, daß es, der gegenwärtigen wiederholten Bestreitung dieser Interpretation gegenüber, einer ferneren Ausführung nicht weiter bedarf. Dasselbe gilt von der durch die Instanzrichter eben so übereinstimmend erfolgten Zurückweisung der Behauptung des Beklagten, daß der Kläger, nach Abschluß des Vertrages vom 14. März 1864, durch eine Verzichtleistung auf das ihm darin im §. 3 zugestandene Kündigungs-Recht, sich dieses Rechtes wieder begeben habe.

Auch hier ist vollkommen sachgemäß erkannt, daß dasjenige Rechtsverhältniß, welches nach der behaupteten nachträglichen Verzichtleistung des Klägers auf das ihm zustehende vertragsmäßige Kündigungs-Recht im Punkte der Kündigung zwischen den Parteien habe eintreten sollen, von dem Beklagten keineswegs genugsam präcisirt sei, um ihn zu darauf gerichteten Beweis-Anträgen zu verstatten, und daß daher, selbst unter thatsächlicher Voraussetzung der von dem Kläger seinerseits durchaus bestrittenen Verzichtleistung, eben nur das gesetzliche Kündigungs-Recht an die Stelle des im Vertrage vom 14. März 1864 festgestellten, habe eintreten können, nach den Regeln der gesetzlichen Kündigung aber, bei der gegenwärtigen Sachlage, der Klage auf Räumung ebenwohl habe stattgegeben werden müssen.

Endlich konnte auch von einer eingetretenen Unwirksamkeit der Kündigung vom 20. December 1865 aus dem Grunde, weil Beklagter über den 14. März 1866 hinaus im Besitze des Pachtgutes verblieben sei, nicht die Rede sein, da die Annahme einer tacita relocatio an der Thatsache scheitert, daß die an jenem 20. December 1865 angestellte Räumungs-Klage am 14. März 1866 oder vorher nicht aufgehoben war, sondern unverändert fortbestand und fortgesetzt wurde, und daß, so viel es diese, die Annahme einer tacita relocatio ausschließende Thatsache betrifft, die Frage unerheblich und daher hier

Digitized by Google

nicht weiter zu erörtern ist, ob die Räumungs-Klage selbst am 20. December 1865 auf das Kündigungs-Recht aus dem Vertrage vom 14. März 1864 zurückgeführt werden dürfte oder nicht.

B. Appellationsgericht.

27.

Gutmann & Richter zu Tarnowitz, Kläger c. Mayer Mayer dahier, Beklagte, Forderung betreffend.

Art. 325 des Handels-Gesetzbuches. Gefahr bei einer Geldsendung.

Die Handlung Mayer Mayer dahier, hatte zur Zahlung einer Fruchtsendung Thlr. 435 ½ an Gutmann & Richter zu Tarnowitz zu schicken.

Am 5. Januar 1867 schrieb Letzterer: Mayer Mayer werde ersucht, obigen Betrag an Herrn H. Richter in Beuthen (Oberschlesien) zu senden. Letzter Ort liegt ganz nahe bei Tarnowitz.

Beklagte kam diesem Auftrag nach. H. Richter und Klägerin behaupteten jedoch, es seien in dem Packet nur Thlr. 385 ½ gewesen und Klägerin klagte den Rest von Thlr. 50 ein.

Beklagte erklärte, die Thlr. 435 ½ richtig abgesendet zu haben und jedenfalls für die Gefahr der Sendung nicht haftbar zu sein.

Das Stadtamt III. entschied am 3. Januar 1868:

Beklagte habe zu beweisen, daß sie der Post die Summe von Thlr. 435 ½ zur Beförderung an H. Richter in Beuthen übergeben habe.

Motive: Nach Art. 325 des H.-G.-B. sei die Gefahr der Sendung von der Klägerin zu tragen gewesen. Denn Beklagte sei lediglich verbunden gewesen, die Zahlung auf ihre Gefahr an den Ort der Handelsniederlassung der Klägerin zu übermachen. Habe sie nun das Mandat angenommen, das Geld an eine dritte Person und an einen dritten Ort zu senden, so sei Beklagte dadurch nicht Schuldnerin dieses Dritten geworden, sondern nur zur ordnungsmäßigen Ausführung des Auftrags verbunden gewesen; mit

Digitized by Google

der Absendung des Geldes sei dieses vollzogen und Beklagte der Klägerin gegenüber entlastet.

Das Stadt-Gericht bestätigte auf klägerische Provocation dieses Urtheil am 17. Februar 1868.

Der Art. 325 sei stricte zu interpretiren; er räume dem Gläubiger nicht das Recht ein, den darin genau bezeichneten Orten, hinsichtlich der Gefahr des Geldtransports, nach seiner Convenienz andere Orte zu substituiren, ohne daß die gedachte Gefahr vertragsmäßig vom Schuldner übernommen worden sei.

Das Appellations-Gericht erkannte am 27. März 1868 reformirend:

> Beklagte habe zu beweisen, daß mit dem Schreiben die Summe von Thlr. 435½ bei H. Richter in Beuthen angekommen sei.

Motive: Es liege kein Grund vor anzunehmen, daß Klägerin, als sie um Einsendung des Geldes an den von ihr benannten Empfangsmandatar ersuchte, die Absicht gehabt hätte, den Beklagten von der ihm obliegenden Gefahr der Sendung zu befreien.

Es liege ferner kein Grund zu der Annahme vor, daß Beklagter, als er dem Ersuchen entsprach und das Geld statt an Klägerin in Tarnowitz an den in dem benachbarten Städtchen Beuthen wohnenden Richter sandte, dies nur unter dem Vorbehalt gethan habe, daß in Folge dieser Aenderung auch die gesetzliche Bestimmung über die Tragung der Gefahr eine Aenderung erleide. —

Art. 325 des Handels-Gesetz-Buches sanctionire nur eine gemeinrechtliche Bestimmung über die Zahlung; bei demselben sei es durchaus unstatthaft, mittelst argumentum a contrario folgern zu wollen, weil der Zahlungspflichtige die Gefahr trage, wenn er an den Ort der Handelsniederlassung seines Gläubigers sende, so müsse der Zahlungspflichtige von dieser Gefahr frei werden, wenn ein anderer Zahlungsort vereinbart sei.

Digitized by Google

C. Stadtgericht I.

49.

Nach der von dem Stadtgerichte neuerlich adoptirten Ansicht involvirt die Uebernahme einer wechselmäßigen Verbindlichkeit auf Grund einer bestehenden Schuld, einerlei, ob jene Verbindlichkeit durch Wechselausstellung, Indossament oder Accept erfolgt ist, und ob der Wechsel weiter begeben worden oder nicht, an und für sich nur eine bedingte datio in solutum mit bis zum Eingange des Wechsels suspendirtem Zahlungseffect.

Vgl. Erk. i. S. Bücking c. Kahn & Kirschbaum, und die daselbst angef. Präjudicate.

St.-G. I. 18. Mai 1868 i. S. Owert u. Heckscher gegen Weismantel.

D. Stadtgericht II.

6.

Die Erben des dahier verstorbenen Jacob Paupert aus Lengsfeld beantragten, daß, da sie im Norddeutschen Bunde domicilirt, sonach als Inländer zu betrachten seien, von der Edictalladung abgesehen werde; das Stadtgericht II. erkannte am 22. Mai 1868:

Da nach der bisherigen Gerichts-Praxis die auf Grund der Reform. VI., Tit. 2, §. 2—6 vor der Immission stattfindende Edictalladung stets auch dann erlassen worden ist, wenn der Erbe ein dahier nicht domicilirender Frankfurter war, so kann bei dem auswärtigen Wohnort der auftretenden Erbinnen von der üblichen Edictalladung zwar nicht Umgang genommen werden: jedoch erscheint es angemessen, die bisher gebräuchliche Frist zur Anmeldung von Forderungen auf die Zeit von 4 Wochen herabzusetzen.

Digitized by Google

E. Rügegericht.

87.

Zu §. 1 des Gesetzes vom 12. Mai 1851 über die Presse.

Da nach § 55 des Preßgesetzes den Erzeugnissen der Presse „alle auf ähnlichem mechanischen Wege bewirkte und zur Verbreitung bestimmte Vervielfältigungen von bildlichen Darstellungen mit oder ohne Schrift" gleichgestellt sind, so bedürfen auch Diejenigen, welche einen Handel mit photographischen Bildern aller Art betreiben wollen, die in §. 1 l. c. vorgeschriebene besondere Concession als Kunst- oder Bilderhändler.

Strafverfügung gegen G. L. E. Reuling aus Lohrhaupten.

F. Stempel- und Steuersachen.

2.

Die Erbschafts-Abgabe. Frau X. hatte in zwei Ehen gestanden. Aus erster Ehe hinterließ sie einen minderjährigen Enkel und aus zweiter Ehe einen großjährigen Sohn.

Mit ihrem zweiten Ehemanne hatte sie ein wechselseitiges Testament errichtet. In demselben war verfügt, daß nach ihrem beiderseitigen Ableben das vorhandene gesammte Vermögen ohne Rücksicht auf seinen Ursprung in zwei gleiche Theile getheilt und die eine Hälfte dem Enkel erster Ehe und die andere Hälfte dem Sohne zweiter Ehe zufallen sollte.

Beide so eingesetzten Erben traten die Erbschaft auf Grund dieses Testaments cum beneficio an.

Das Stadt-Gericht verfügte die Aufnahme des Inventars, jedoch vorsorglich über das Vermögen erster und zweiter Ehe.

Digitized by Google

Außer einem zu fl. 12000.— veranſchlagten Garten war der Nachlaß unerheblich.

Dieſer Garten war in zweiter Ehe erworben, folglich zur einen Hälfte väterlich und zur andern Hälfte mütterlich zweiter Ehe. Es würde demnach nach dem Inteſtat-Erbrecht der Sohn den Garten zu $^3/_4$ und der Enkel nur mit $^1/_4$ geerbt haben. Nach dem Teſtament erhielt aber der Enkel die Hälfte des Gartens. Er war demnach jedenfalls von ſeinem Stiefgroßvater bedacht.

Da aber nach dem Erbſchafs-Abgabe-Geſetz,

vergl. N° III, 2. der Tabelle V des Stempel-Tarifs von Dr Demmer,

eine Erbſchaft, deren Anfall an Stiefkinder gelangt, mit 4% verſteuert werden muß, ſo frug, um ſicher zu gehen, der Teſtaments-Executor bei dem Erbſchaftsſteuer-Fiskal in Caſſel an:

ob in dem vorliegenden Falle eine Erbſchaftsſteuer zu zahlen ſei.

Die Antwort lautete:

in der Nachlaßſache der Wittwe X. wird Ihnen erwiedert, daß eine Erbſchafts-Abgabe nicht zu erheben iſt, weil in dem Teſtamente der Erblaſſerin und ihres verſtorbenen (zweiten) Ehemanns lediglich Descendenten der Teſtatoren zur Erbſchaft berufen worden ſind.

Der Erbſchaftsſteuer-Fiskal hielt ſich hiernach ſtricte an den Wortlaut des Teſtaments, ohne Rückſicht darauf, daß ein Theil des dem Enkel erſter Ehe angefallenen Erbtheil von ſeinem Stiefgroßvater herrührte.

Digitized by Google

Zur Benachrichtigung.

Von dem Königl. Stadtgerichte wurde dem Ehrenrathe der Advokaten und Notare das süd-östliche Eckzimmer im zweiten Stock des Stadtgerichts-Gebäudes als Sprech- und Lesezimmer der Advokaten zur Verfügung gestellt.

Der Ehrenrath hat daselbst auch die ihm von der juristischen Gesellschaft zur Benutzung überlassene Bücher- und Zeitschriften-Sammlung aufgestellt und folgende Anordnungen getroffen:

1. daß dasselbe nur während der Amtsstunden des Stadtgerichtes geöffnet ist;
2. daß Bücher und Zeitschriften aus dem Lokale nicht entfernt werden dürfen;
3. daß der Schlüssel sich in Verwahrung des Pedellen am Stadtgerichte II, Herrn Feber, befindet;
4. daß Herr Dr. Malß vorläufig die obere Aufsicht übernommen hat.

Frankfurt a/M. den 15. Juli 1868.

Digitized by Google

Juristische Gesellschaft.

Monatliche Rundschau der gerichtlichen Entscheidungen.

August 1868.

A. Obertribunal.

36.

Agnese Guthilde Linel, geb. Rindskopf, Klägerin gegen Wittwe Hannchen Rindskopf, geb. Trier, Beklagte, Herausgabe der väterlichen Erbschaft betreffend.

1. Gemeinrechtlich ist für das Güterrecht der Ehegatten zunächst die Willkühr derselben maßgebend; das Gesetz tritt nur in subsidium ein; daher sind jüdische Eheverträge vollkommen zulässig.
2. Auch die bürgerliche Gleichstellung der Juden macht jüdische Eheverträge nicht unzulässig, da, was als Gesetz zu bestehen aufgehört hat, in Vertragsform fortlebt.
3. Der Ehevertrag und das denselben ergänzende Herkommen treten an die Stelle des gesetzlichen ehelichen Güterrechts in seinem ganzen Umfange, daher denn auch
4. der nach Ref. V, 4. §. 3 u. 5, sowie Tit. 5, §. 9 u. 10 dem überlebenden Ehegatten zustehende lebenslängliche Nießbrauch, da derselbe im ehelichen Güterrechte wurzelt, nicht neben dem jüdischen Ehevertrage bestehen kann: ein Verzicht auf diesen Nießbrauch ist nicht nöthig.
5. Eine vertragsmäßige Aufhebung des maritalen Nießbrauchs hebt auch den elterlichen Nießbrauch am Vermögen der Kinder auf: nicht aber an demjenigen, was den Kindern nach Auflösung der Ehe zugefallen ist.
6. Auch als natürliche Vormünderin über ihre Tochter kann die Mutter bei vorliegendem jüdischen Ehevertrage den Nießbrauch nicht aufrecht erhalten.
7. Ref. III, Tit. 2, §. 14 und V. 4. §. 1—5 untersagt, in die pacta dotalia Verfügungen aufzunehmen, welche über Ehesteuer und Widerlage gehen, nicht aber verbietet sie den Ehegatten, ihre Güterverhältnisse autonomisch zu ordnen. Prüfung der Gesetzesstellen über Eheverträge mit Bezug auf deren seitherige Auslegung.

Digitized by Google

Erkenntniß des Stadt-Gerichts I vom 19. Mai 1865.

1) Die gegenwärtige Klage ist auf Herausgabe des im Besitze der Beklagten befindlichen väterlichen Vermögens der Klägerin gerichtet und stützt sich auf den Umstand, daß der Beklagten nach Inhalt der bei Eingehung ihrer Ehe mit ihrem verstorbenen Ehemann errichteten Ehepakten von dessen Nachlaß nichts weiter als eine in diesen Ehepakten festgesetzte Vermachung ihrer Mitgift gebühre, alles übrige Vermögen aber mit Ausschließung jedes statutarischen Erbrechts der Beklagten an die gesetzlichen Erben, das ist die Klägerin, zu fallen habe.

2) Nachdem die Beklagte eine notariell beglaubigte Abschrift des fraglichen Ehevertrags zu den Acten gebracht hat, steht nunmehr allerdings fest, daß zwischen der Beklagten und deren Ehemann vor Eingehung der Ehe am 9. October 1831 eine Ehevertrag zu Stande gebracht worden, des Inhalts, wie solche bei israelitischen Eheleuten bekanntlich vielfach in Uebung sind und waren. Und ebenso ist es klar, daß durch diese Ehepakten, wie dies in der Regel geschieht, für den Todesfall des einen wie des andern Ehegatten, andere Erbtheilquoten, als wie solche die Reformation bestimmt, festgesetzt sind. Es kann nach dem ganzen Inhalt des Ehevertrags keinem Zweifel unterliegen, daß beide Pasciscenten nicht nach den allgemeinen dahier geltenden gesetzlichen Bestimmungen, sondern nach dem jüdischen Rechte einander erben wollten.

Bender, Handbuch S. 70. 138. 501.
Erkennt. des O.-A.-Gerichts i. S. Franck c. Oppenheim vom 29. April 1862. (Ver. Samml. VII. S. 6.)

3) Hat nun das jüdische Erbrecht dahier auch an und für sich keine gesetzliche Geltung, so kann es doch nicht beanstandet werden, daß dessen Bestimmungen kraft besonderer autonomischer Vereinbarung für den einzelnen Fall Geltung erlangen.

Orth, Anmerk. Forf. 1 pag. 213—214.
Bender, Handb. S. 138.
Seuffert, Archiv XIV. N° 109.

4) Da nun nach dem jüdischen Recht die überlebende Wittwe

Digitized by Google

kein Erbrecht hatte, sondern nicht mehr beanspruchen konnte, als ihr in dem Ehevertrag verschrieben war,

Michaelis, Mosaisches Recht II, S. 273.

Moses Mendelsohn, Ritualgesetze der Juden S. 88. 90. 93. 99. 148. 154. 155. 160. 162.

so hatte es auch, um sie mit weiteren Erbansprüchen auszuschließen, eines besonderen deßfallsigen Verzichts nicht bedurft.

Erkenntniß des O.-A.-Gerichts in Sachen Franck c. Oppenheim S. 9.

5) Will man nun aber auch mit dem Oberappellationsgericht annehmen, daß in vorliegendem Falle die Beklagte, obschon sie auf ihr statutarisches Erbrecht nicht ausdrücklich verzichtet hatte, ein solches dennoch nicht beanspruchen könne, weil dasselbe durch den Abschluß des Ehevertrags jedenfalls als beseitigt zu betrachten sei, so kann gleichwohl der Klage nicht stattgegeben werden. Dann ist es auch zweifellos, daß mit dem Wegfall des statutarischen Erbrechts jedenfalls auch der Anspruch der Beklagten auf die Hälfte des von ihrem verstorbenen Ehemann in die Ehe eingebrachten Mobiliars, sowie auf die Hälfte der Errungenschaft zu cessiren hat, so verhält sich dies doch anders mit ihrem Anspruche auf die Nutznießung an dem der Klägerin von ihrem verstorbenen Vater eigenthümlich zugefallenen Vermögen. Denn mag auch dieses dahier der Mutter gesetzlich zukommende Recht der Nutznießung an dem den Kindern eigenthümlich zugefallenen väterlichen Vermögen einerseits einen erbschaftlichen Charakter haben, so läßt sich doch andererseits eben so wenig bestreiten, daß dieses Nutznießungsrecht sich als ein solches Recht darstellt, welches den Eltern in ihrer Eigenschaft als Eltern zukommt, ihnen zusteht kraft ihrer vormundschaftlichen Gewalt, kraft ihrer Verpflichtung, nach Ableben des anderen Ehegatten nunmehr allein für die Ernährung und Erziehung der Kinder Sorge zu tragen.

Mittermaier, deutsches Privatrecht (6. Aufl.) II, S. 255.

Bluntschli, deutsches Privatrecht S. 455.

Genzler, Lehrb. des D. P. R. II, S. 942. 1118. 1120. 1153.

Seuffert, Archiv III, N: 330.

Digitized by Google

Souchay, Anmerk. zur Ref. S. 875.

Orth, Anmerk. S. 534. 560. 561. 2. Forts. S. 463 flg., 481. 549.

6) Wäre nun auch aus Abschließung des Ehevertrags ein Verzicht der Beklagten auf das ihr gesetzlich an dem Nachlasse ihres Ehemannes zustehende Erbrecht zu folgern, so kann doch bei dem gänzlichen Schweigen des Ehevertrags über den unter N° 5 oben erwähnten Punkt, noch keineswegs gefolgert werden, daß dieselbe damit auch zugleich auf alle ihre Rechte, welche ihr in ihrer Eigenschaft als Mutter den in der Ehe zu erwartenden Kindern gegenüber an deren Vermögen gesetzlich zustehen, zu verzichten die Absicht gehabt habe. Es kann dahin gestellt bleiben, ob ein solcher auf ganz unbestimmte Eventualitäten gerichteter und zudem sich auf ein Gebiet, welches theilweise der autonomischen Disposition der Paciscenten entzogen ist, — Bender, Handb., §. 44, — erstreckender Verzicht für die Beklagte überhaupt hätte rechtsverbindlich sein können, da theils aus dem Grunde, daß Verzichte strikte zu interpretiren sind, theils der Natur der Sache nach ein Verzicht der Beklagten auf irgend welche Vermögensrechte, welche ihr kraft ihrer Eigenschaft als Mutter der Klägerin gegenüber gesetzlich zukommen, aus dem bloßen Umstande des Abschlusses des Ehevertrags nicht gefolgert werden darf. Es ist dies um so weniger anzunehmen, als das jüdische Recht Rechte der Mutter den Kindern gegenüber kaum kennt.

Michaelis a. a. O.

Mendelsohn a. a. O. S. 23 flg. S. 67 u. 93.

7) Ist aber in dem Ehevertrag ein Verzicht der Beklagten auf ihr Nutznießungsrecht nicht zu befinden, so erscheint auch die auf Herausgabe des väterlichen Vermögens gerichtete Klage grundlos. Jedenfalls kann derselben damit, daß die Beklagte sich öfters für längere Zeit von hier entfernt und dann die einzelnen Vermögenswerthe dritten Personen zur Aufbewahrung übergibt, sowie mit den weiter in der Klage angegebenen ähnlichen Thatumständen nicht aufgeholfen werden. Es kann dieserhalb lediglich auf das Erkenntniß des Stadtgerichts vom 26. October 1864 verwiesen werden. Eben so wenig ist aber

Digitized by Google

8) wenn die erhobene Klage gänzlich abzuweisen ist, auf die eventuelle Einrede der Beklagten, daß sie jedenfalls nur zum Theil den Nachlaß ihres Ehemannes herauszugeben habe, indem ein Theil durch Schenkung auf sie übergegangen sei, dermalen näher einzugehen.

Aus diesen Gründen wird zu Recht erkannt:

Klägerin wird mit der erhobenen Klage unter Verurtheilung in die Kosten ab zur Ruhe verwiesen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts (Rechtsfacultät Tübingen) vom 9. Januar 1867.

Es wird

1. Appellatin schuldig erkannt und angewiesen, die Erbschaft ihres Ehemanns Joseph Mayer Rindskopf mit allem Zuwachs und den davon seit dem 7. October 1846 gezogenen Früchten, soweit sie dadurch bereichert ist, sowie mit den davon seit dem 26. Mai 1864 gezogenen, oder bei gehöriger Sorgfalt zu ziehen gewesenen Früchten der Appellantin herauszugeben;
2. die Klage auf Herausgabe der Urkunden, welche die Fortsetzung der unter der Firma Gebrüder Rindskopf bestehenden Gesellschaft nach dem Tode des Joseph Mayer Rindskopf betreffen, als angebrachtermaßen unbegründet, im Uebrigen aber als unbegründet abgewiesen, unter Vergleichung der Prozeßkosten beider Instanzen.

Dieses Erkenntniß wurde durch Urtheil des Ober-Tribunals vom 5. November 1867 lediglich bestätigt.

Gründe:

Daß der auf das Intestaterbrecht gestützten Klage auf Herausgabe des im Besitze der Beklagten befindlichen väterlichen Nachlasses das durch das Frankfurter eheliche Güterrecht dem überlebenden Ehegatten gewährte Nießbrauchsrecht (Beisitz) mit Erfolg würde entgegengesetzt werden können und somit, falls dieses Güterrecht für die Güterverhältnisse der Eheleute Rindskopf maßgebend wäre, die Klage abzuweisen sein würde, kann nicht bezweifelt werden, ist auch unter den Parteien anerkannt. Der Streitgegenstand reducirt sich auf die

Digitized by Google

Frage, ob durch den am 9. October 1831 geschlossenen Ehevertrag das Frankfurter gesetzliche Güterrecht und mit demselben das von der Beklagten in Anspruch genommene Nießbrauchrecht ausgeschlossen worden ist.

Diese Frage muß bejaht werden.

Der in Rede stehende Ehevertrag ist ersichtlich nicht dazu bestimmt, unter Voraussetzung der Wirksamkeit des gesetzlichen Güterrechts, dasselbe in einzelnen Punkten zu modificiren, in anderen dagegen es bestehen zu lassen, sondern er giebt unzweifelhaft die Absicht der Parteien zu erkennen, mittelst desselben das gesetzliche Güterrecht durch einen Inbegriff zusammenhängender Bestimmungen zu ersetzen, an die Stelle des gesetzlichen Güterrechtes ein System mit demselben unvereinbarer und dessen Anwendbarkeit ausschließender Normen treten zu lassen. — Der Ehevertrag kündigt sich, nach Form und Inhalt, als ein jüdischer Ehevertrag an, drückt die Intention der Parteien aus, ihre Verhältnisse sowohl während, als für den Fall der Auflösung der Ehe den jüdischen Gebräuchen entsprechend, zu reguliren, wie dies in der Reihe characteristischer Detailbestimmungen (§. 1. 3.)

Mendelsohn, Ritualgesetze der Juden IV, Hauptst. 3, Abschn. 2.

und in der ausdrücklichen Hinverweisung auf die israelitischen Gewohnheiten (§. 9.) sich ausspricht, deren herkömmlicher und von den Lokalschriftstellern bezeugter Charakter darin besteht, das Verhältniß der Brautleute während der einzugehenden Ehe und die dereinstige Erbfolge zu ordnen, an die Stelle der reformationsmäßigen Erbfolge die vertragsmäßige zu setzen, wobei nur noch hervorzuheben ist, daß auch die in dem Ehevertrage (§. 8.) enthaltene Bezugnahme auf das gesetzliche Dotalsystem im Interesse der Ehefrau Zweifel über den Charakter des Ehevertrages als eines auf dem israelitischen Herkommen beruhenden, zu begründen nicht vermag, jene Bezugnahme sich vielmehr durch die Absicht, der Ehefrau die privilegia dotis im Verhältnisse zu Dritten zu sichern, ausreichend erklärt.

Gegen die Zulässigkeit einer Regulirung, wie sie in dem Ehevertrage enthalten ist, waltet ein Bedenken nicht ob. Es ist ein ge-

Digitized by Google

meinrechtlich und in anderen Gesetzgebungen anerkannter Grundsatz, daß für das Güterrecht der Ehegatten zunächst die Willkür derselben maßgebend ist und das Gesetz hier nur in subsidium eintritt. Hierdurch ist der Autonomie auf diesem Gebiete der weiteste Spielraum gewährt. Daß und in welchem Umfange es unter den Frankfurter Israeliten üblich gewesen ist, auf diesem Wege ihre Familienverhältnisse auf eine dem Herkommen und der bestehenden Sitte entsprechenden Weise zu ordnen, ist aus den Schriftstellern und Judikaten zu ersehen. Daß hierdurch den gesetzlichen Vorschriften über die bürgerliche Gleichstellung der Israeliten nicht zu nahe getreten wird, bedarf keiner Ausführung. Es handelt sich nicht darum, einen untergegangenen Rechtszustand als solchen fortdauern zu lassen, sondern es lebt das, was aufgehört hat Gesetz zu sein, in der Sitte und, weil und in wie weit das Gesetz dies gestattet, als Vertragsnorm fort.

Ist nun die Absicht der Parteien erkennbar dahin gegangen, das jüdische Herkommen (also das von Alters her unter den Juden übliche zu einem geordneten System ausgebildete Mosaisch-Rabinische Eherecht) an die Stelle der Vorschriften des Frankfurter gesetzlichen Güterrechtes zu setzen, so folgt daraus, daß hiermit in dem Verhältnisse der Ehegatten zu einander diejenigen Rechte, welche als Ausfluß des ausgeschlossenen Güterrechtes zu betrachten sind, beseitigt und an deren Stelle diejenigen und nur diejenigen, welche der Ehevertrag oder das denselben ergänzende Herkommen einräumt, getreten sind.

Daß aber der dem überlebenden Ehegatten an allen ihm nicht zu Eigenthumsrecht zufallenden Theilen des Nachlasses des Verstorbenen oder des ehelichen Vermögens nach

Reform: 1611, Thl. V, Tit. 4 §. 3. 5, Tit. 5 §. 9. 10. zustehende lebenslängliche Nießbrauch sowohl nach allgemeinen aus der Natur des Fränkischen ehelichen Güterrechtes herzuleitenden Grundsätzen als im Geiste des Partikularrechtes als in dem ehelichen Güterrechte wurzelnd und als einen Bestandtheil des ehelichen Güterrechtes bildend, betrachtet werden muß, darin ist der Ausführung des vorigen Richters beizupflichten. Das eheliche Güterrecht ist bestimmt, die Vermögensverhältnisse, die wechselseitigen Ansprüche der Ehegatten während der Dauer und nach Auflösung der Ehe zu be-

Digitized by Google

herrschen. Der Nießbrauch des überlebenden Ehegatten bildet einen Theil seiner Berechtigung an dem unter dem Mundium des Ehemannes ungezweiet vereinigten Vermögen. Er steht mit den übrigen Rechtsverhältnissen der Ehegatten in untrennbarem Zusammenhange und muß demnach da cessiren, wo für dieß Verhältniß von vornherein ganz andere vertragsmäßige Normen gültig werden und zwar um so mehr, wenn letztere, wie es in dem vorliegenden Vertrage der Fall ist, nicht etwa das gesetzliche Güterrecht in einzelnen Punkten abändern, sondern die wechselseitigen Rechte in erschöpfender Weise dergestalt, daß daneben für ein Nießbrauchsrecht des Ueberlebenden kein Raum bleibt, ordnen, und dazu als Ergänzung auf ein Rechtssystem hinweisen, dem ein Nießbrauch der Frau an dem Vermögen des Mannes gänzlich unbekannt ist, wofür die Belege bei den Schriftstellern über das jüdische Recht zu finden sind.

Nach der bisherigen Annahme erledigt sich die Frage, ob in dem Ehevertrage vom 9. October 1831 ein Verzicht auf den eheweiblichen Nießbrauch enthalten sei, ob ein solcher zu vermuthen sei, und ob es dafür nicht eines unzweifelhaften Ausdrucks bedurft hätte. Es entspricht nicht der Eigenthümlichkeit des Rechtsverhältnisses von einem Verzichte auf bestimmte, durch die gesetzlichen Bestimmungen des ehelichen Güterrechtes gewährte Ansprüche zu reden, wenn das Gesetz den Eheleuten gestattet, ihre Güterverhältnisse nach Willkür zu ordnen und nur in Ermangelung eines Vertrages die gesetzlichen Vorschriften und die dadurch erzeugten Rechte wirksam werden.

Muß hiernach dabei stehen geblieben werden, daß der lebenslängliche Nießbrauch, wie solchen die Reform. V. 4. §. 3, 5. dem überlebenden Ehegatten gewährt, in Betreff der Beklagten durch den Ehevertrag ausgeschlossen ist, so läßt sich ein solcher auch nicht mit dem ersten Richter aus dem älterlichen Rechte herleiten. In welchem Umfange ursprünglich nach römisch-rechtlichen Grundsätzen der väterliche oder älterliche Nießbrauch an dem Vermögen der Kinder, als solchem, stattfindet, kann hier auf sich beruhen bleiben, wo es sich lediglich um Vermögensobjecte handelt, die von dem vorverstorbenen Ehegatten herrührend, dem überlebenden an demselben partikularrechtlich zustehenden lebenslänglichen Nießbrauch oder Beisitz unter-

worfen sind. Ob neben diesem auch noch an einen auf dieselben Vermögensobjecte, inwiefern sie auf die Kinder übergegangen sind, sich erstreckenden älterlichen Nießbrauch gedacht werden kann, erscheint nach der eigenthümlichen Art, wie nach deutscher Rechtsanschauung das Verhältniß zwischen Aeltern und Kindern unter einander verschlungen ist, sehr zweifelhaft. Jedenfalls tritt hier das Aelternrecht gegenüber dem dasselbe Vermögen in viel höherem Maße affizirende eheliche Recht in den Hintergrund, es wird von demselben absorbirt, dergestalt, daß eine vertragsmäßige Aufhebung des umfassenderen maritalen Nießbrauchsrechts jedenfalls als das älterliche in sich schließend zu betrachten sein wird.

Wenn zur Begründung eines älterlichen oder mütterlichen Nießbrauches zum Vortheile der Beklagten auf

Reform. V. 8. §. 12. 15.

Bezug genommen wird, wonach dem überlebenden parens ein Ususfructus an dem den Kindern nach Auflösung der Ehe von Aeltern oder Verwandten des Verstorbenen oder sonst anerfallenden Vermögen zusteht, so ist zuzugeben, daß auf einen solchen die vertragsmäßige Ausschließung des ehelichen Nießbrauchs sich nicht erstreckt. Es bleibt die betreffende Bestimmung indeß hier gänzlich außer Betracht, da die Klage nur das von dem ververstorbenen Ehegatten hinterlassene Vermögen zum Gegenstande hat und der Nießbrauch der citirten Reformationsstelle nach §. 15. 16. mit der Verheirathung der Klägerin aufgehört hätte, also der Klage auf Herausgabe des Nachlasses nicht würde entgegengesetzt werden können.

Daß auch aus einem Rechte der Vormundschaft, welche die Beklagte über ihre Tochter geführt hat, der beanspruchte Nießbrauch weder nach gemeinem Rechte, noch nach Frankfurter Partikularrechte hergeleitet werden kann, ist von dem vorigen Richter mit überzeugenden, in dieser Instanz nicht widerlegten Gründen nachgewiesen worden.

Es ist nun von der Oberappellantin neuerdings die Gültigkeit des Ehevertrages, soweit durch denselben mit den sonstigen Wirkungen des gesetzlichen Güterrechts der eheweibliche Beisitz ausgeschlossen sein soll, mit der Behauptung angefochten worden, daß es

Digitized by Google

sich dabei um einen Vertrag über Beerbung handle und Erbverträge nach der

Reform. III, Tit. 2. §. 1. 4. V, Tit. 4, §. 1—5

verboten und ungültig seien.

Auch diese Ausführung kann für begründet nicht erachtet werden.

Es können die in der Doktrin des Frankfurter Rechtes bestrittenen Fragen auf sich beruhen bleiben:

ob durch den in der Reform. (III, 2. §. 4) enunciative vorkommenden Ausdruck:

„Dieweil auch die Recht ausdrücklich wollen, daß die Erb-
„schaften nicht durch pacta oder Eheberedungen vermacht
„werden sollen."

wirklich, im Widerspruch mit den, den deutschrechtlichen Grundsätzen und ohne daß dafür sonst in der Reform. eine Bestätigung zu finden wäre, die Erbverträge unbedingt haben verboten werden sollen, ob nicht vielmehr die Bestimmung (V. 4. §. 1)

„Daß alle pacta — darinnen ein Ehegemahl dem andern
„alle oder einen benannten ansehnlichen Theil seiner Güter,
„über die Ehesteuer und Wiederlegung, erblich vermachen
„wollt, sollen unterlassen, und da sie gleich in die Heiraths-
„verschreibung gesetzt, doch für ungültig und kraftlos ge-
„halten werden sollen."

wie dies mit vielem Grunde behauptet worden ist, auf den Fall der L. 5. Cod. de pactis conventis tam super dote (V. 14.), welche ein pactum dotali instrumento *vice testamenti* interpositum, ut post mortem mulieris bona ejus ad te pertinerent, ***quae dotis titulo tibi non sint obligata*** für nichtig erklärt, ohne weitere Generalisirung zu beschränken ist; endlich, ob, wenn anzunehmen, daß in den bezogenen Stellen der Reformation ein Verbot erwerbender Erbverträge enthalten, dieses über den Wortlaut hinaus auch auf Erbverzichte (pacta hered. renunciativa) auszudehnen wäre.

Das ist jedenfalls evident, daß die betreffenden Bestimmungen der Reform. auf die eigentlichen Eheberedungen, d. h. die vertragsmäßige Regulirung des ehelichen Güterverhältnisses nur in beschränktem Maße und mit der erforderlichen Unterscheidung Anwendung finden.

Digitized by Google

Die Reformation unterſagt, in die pacta dotalia, über deren weſentlichen Gegenſtand, die Eheberedung im engeren Sinne, hinaus (über die Eheſteuer und Wiederlegung) noch eigentliche Vermächtniſſe aufzunehmen, und dieſen dadurch, unter Beeinträchtigung der geſetzlichen Teſtirfreiheit einen, nach der Vorausſetzung der Reformation durch „die Rechte" reprobirten vertragsmäßigen Charakter zu verleihen.

Dieſe mehr formale Vorſchrift, den Ehevertrag nicht zu anderen Zwecken zu benutzen, kann nicht dahin ausgedehnt werden, die Ehegatten in ihrer Befugniß zu beſchränken, die Güterverhältniſſe ihrer Ehe autonomiſch zu ordnen und ſich, was davon unzertrennlich, wechſelſeitige Vortheile zu bedingen.

Zunächſt hindert die Reform. die Ehegatten nicht, ihre ſämmtlichen Güter als Mitgift oder Wiederlage einzuſetzen, was in den Entſcheidungsgründen eines bei

Souchay, Anmerk. z. Ref. S. 570

citirten Erkenntniſſes des Stadtgerichts zu Frankfurt vom 20. November 1846 ſo ausgedrückt wird:

„Die Reform. erkennt Erbverträge der Ehegatten, ſoweit ſie „dos und donatio p. n. betreffen, als gültig an."

was ſich aber auch dahin ausdrücken ließe: Eheberedungen, welche ſich auf die dos und donatio p. n. beziehen, ſind keine Erbverträge fallen darum nicht unter das Verbot der Reformation.

Das Verhältniß der Ehegatten, welche die vermögensrechtliche Seite ihrer Ehe vertragsmäßig regeln, unterliegt ganz anderen Geſichtspunkten der Beurtheilung, wie die Wohlthätigkeiten anderer Perſonen, ſei es unter Lebenden oder von Todeswegen. Das consortium vitæ der Ehegatten bedingt eine Gemeinſamkeit der Güterverhältniſſe und in Verbindung damit wechſelſeitige vertragsmäßige Zuwendungen und Bevortheilungen, die nach den allgemeinen Beſtimmungen über Schenkungen oder Erbverträge ſich nicht bemeſſen laſſen. Die auf dieſem Gebiete den Ehegatten eingeräumte Autonomie, vermöge welcher das Geſetz nur dann, wenn kein Vertrag vorliegt, zur Anwendung gelangt, läßt in den Beſtimmungen eines Ehevertrages darüber, wie es in Betreff der Güterverhältniſſe wäh-

Digitized by Google

rend und nach Auflösung der Ehe gehalten werden soll, eine Ausschließung bindender gesetzlicher Vorschriften, wie solche sonst in einem Erbvertrage enthalten ist, nicht erblicken. Das Beispiel anderer Gesetzgebungen liefert auch den Beweis dafür, wie mit dem absoluten Verbote aller Erbverträge die ausgedehnteste Willkür der Ehegatten in Bezug auf die Zuwendung wechselseitiger Vortheile im Ehevertrage vereinbar gehalten wird.

So ist denn auch in der Wissenschaft des deutschen Privatrechtes und in der Praxis anerkannt, daß die gesetzlichen Ansprüche der Ehegatten auf das beiderseitige Vermögen, wie sehr es auch durch das Hereinziehen römischer Ansichten üblich geworden ist, dieselben als ein Erbrecht (portio statutaria) zu bezeichnen, womit sich mitunter selbst die irrige Vorstellung eines Pflichttheiles verbunden hat, dennoch ohne Rücksicht auf die Grundsätze über die Zulässigkeit oder Gültigkeit wahrer Erbverträge durch *Ehevertrag* geändert werden können.

Als durch das Wesen der Ehe geboten, erkennt auch die Frankfurter Reform. die Befugniß des Ehegatten, sich in *erweitertem Umfange vertragsmäßig* zu bevortheilen, an, wenn sie (V. 4. §. 1. 2.) es für billig erklärt,

> „daß ein Ehegemal etwas von dem Anderen bekomme, von „wegen ihrer ehelichen und christlichen Beiwohnung und „höchster zusammen verpflichter Treue und Freundschaft und „zur Ergötzlichkeit ihrer samstlich in ihrem Ehestand getra„gener Sorg, Müh und Arbeit",

und deßwegen verordnet, daß bei Auflösung einer Ehe

> „für das erst danach soll gesehen werden, ob sie, die Eheleuth, „eine Heirathsverschreibung aufgericht und darin, wie es künf„tig auch der Erbschaften halber solle gehalten werden, Vor„sehung gethan haben."

Dies Alles führt zu dem Resultate, daß es auf einer falschen Auffassung des Zusammenhanges der gesetzlichen Bestimmungen beruht, wenn aus dem im §. 4, Thl. III, Tit. 2 und §. 2, Thl. V, Tit. 4 der Reform. enthaltenen Verbote, welches übrigens nicht eine ausschließliche Eigenthümlichkeit des Frankfurter Rechtes ist, sondern

Digitized by Google

sich auch in anderen Particularrechten findet, (z. B. Lüneburg Reformation Th. III, Tit. 5 abgedruckt bei Pufendorf observ. jur. univ. tom. 4) die Ungültigkeit aller eine Abweichung von dem gesetzlichen Güterrechte überhaupt oder einen Verzicht auf Vortheile, welche dasselbe gewährt, in sich schließende Eheverträge herzuleiten versucht wird.

Was das Begehren der Beklagten betrifft, noch auf einen Beweis darüber, ob die Absicht der Parteien auf Ausschließung des lebenslänglichen Nießbrauchs gegangen sei, oder nicht, zu erkennen, so ist dasselbe, sofern es sich auf Thatsachen, die bisher nicht vorgebracht sind, stützen will, nach §. 33 der Verordnung 12. December 1866 als verspätet zu verwerfen. Sofern es sich dabei nur um Eruirung des eigentlichen Sinnes des Ehevertrages handelt, ist darauf zu erwiedern, daß es die Aufgabe des Richters ist, jenen Sinn und insbesondere die Absicht der Parteien im Wege der Interpretation unter Benutzung der dazu dienenden gesetzmäßigen Hülfsmittel zu erforschen.

Endlich findet die eventuell angefochtene Entscheidung des vorigen Richters in Betreff der Erstattung der von der Beklagten vor der Behändigung der Klage bezogenen Nachlaßfrüchte ihre Rechtfertigung in den dafür eingezogenen gemeinrechtlichen Vorschriften, von welchen nicht anzunehmen ist, daß denselben durch die Bestimmungen im Th. VI, Tit. 2, §. 16 der Frankfurter Reformation hat derogirt werden sollen.

37.

F. Brofft, Kläger, und H. R. Fries, Beklagter, Servitut betreffend *).

Ref. II, Tit. 3, §. 18. Trotz des Verbots, verkaufte Liegenschaften mit ungewöhnlichen dinglichen Lasten, insbesondere mit Servituten, daß bestimmte Gewerbe nicht betrieben werden dürfen, zu beschweren, bleibt der Promittent dem Promissar persönlich haftbar und kann derselbe die Ausübung derartiger Geschäfte untersagen.

Es ist unter den Parteien unbestritten, daß der Verklagte bei der Erwerbung seines Grundstücks, Gewann XVI, N: 287 der

*) Siehe Rundschau 1867, S. 3.

Digitized by Google

Sachsenhäuser Gemarkung an der Schifferstraße die nachstehende Stipulation eingegangen ist:

Das verkaufte Areal soll nie zur Errichtung eines Fabrikgebäudes oder sonst zur Vornahme von dergleichen Arbeiten, sondern nur zur Anlage eines Gartens oder zur Bebauung mit einem Wohnhause oder auch Stallung und Remise benutzt werden, und soll diese Verpflichtung als eine dingliche gegenüber der den Verkäufern verbleibenden Parzelle Gewann XVI, N° 286 und der Liegenschaft Lit. O N° VII[a] bestellt sein.

Kläger, welcher diese Stipulation als eine zum Nutzen seiner Grundstücke der verklagtischen Parzelle auferlegte dingliche Servitut betrachtet, in Folge davon auf der letzteren Parzelle keine die Ruhe der Inhaber der herrschenden Grundstücke belästigende, geräuschvolle Arbeiten vorgenommen werden dürften, und welcher behauptet, daß Verklagter im Laufe des Sommers im vorigen Jahre dieser Stipulation zuwider gehandelt habe, klagte dahin:

> Daß dem Verklagten aufgegeben werde, bei Vermeidung von Geldstrafen sich der Vornahme von allen Fabrikarbeiten auf dem bezeichneten Grundstück zu enthalten ꝛc.

Erkenntniß des Stadt-Gerichts I vom 26. Novbr. 1866.

1) Die Ref. Thl. II, Tit. 3. §. 18 enthält zwar ein unbedingtes Verbot, verkaufte Immobilien mit Servituten und Belästigungen, wie die hier in Frage stehende unzweifelhaft ist, zu beschweren,

> Vgl. Souchay, Anmerkungen I. S. 124.
> Orth, Anmerkungen I. S. 378.

Da es sich vorliegend indessen nicht nur um die Anerkennung eines einem gesetzlichen Verbote entgegen constituirten dinglichen Rechts, sondern zugleich um eine von dem Beklagten übernommene persönliche Verpflichtung handelt, so ist die erhobene Klage jedenfalls in dieser letzten Richtung einer näheren Prüfung zu unterziehen. Hier ist nun

2) sofort klar, daß die von dem Beklagten seiner übernommenen Verpflichtung gegebene Auslegung sich als unstichhaltig erweist, da darüber wohl kaum ein Zweifel obwalten kann, daß die Absicht der

Digitized by Google

von dem Kläger mit dem Beklagten getroffenen Vereinbarung offenbar dahin ging, daß derselbe verhindert sein sollte, lärmende Arbeiten, durch welche die Nachbarschaft, er selbst eingeschlossen, belästigt würden, auf dem fraglichen Areal vorzunehmen.

3) Da Kläger zugibt, daß er die Vollendung der im Juni l. J. von dem Beklagten auf dem betreffenden Grundstück begonnenen Arbeit zugelassen habe, aber behauptet, daß nach Vollendung dieser Arbeit Beklagter dort weiter lärmende Fabrikarbeiten habe vornehmen lassen, so hat Kläger deßfalls Beweis zu erbringen, da anderenfalls für den Kläger kein Grund zur Klage vorgelegen haben würde.

Aus diesen Gründen wird zu Recht erkannt:

Kläger hat vorbehältlich des Gegenbeweises binnen 14 Tagen rechtsgenügend darzuthun:

daß Beklagter nach Vollendung der im Juni l. J. begonnenen Arbeit das Grundstück Gew. XVI, N: 287 der Sachsenhäuser Gemarkung noch zu weiteren lärmenden Fabrikarbeiten benutzt habe,

worauf in der Hauptsache, sowie der Kosten wegen weitere Entscheidung erfolgen soll.

Erkenntniß des Appell.-Gerichts vom 25. Februar 1867.

Der Appellant formulirt die von ihm gegen das stadtgerichtliche Erkenntniß vom 26. November 1866 erhobene Beschwerde folgendermaßen:

weil ihm der in der Sententia a qua normirte Beweis auferlegt worden ist, während vielmehr der Beklagte der Klagbitte gemäß zu verurtheilen war.

Die Klagbitte aber, welche, obgleich der Beklagte in seiner Vernehmlassung die Existenz der von dem Kläger in der Klage zur Begründung seines Antrags behaupteten Servitut bestritten hatte, in der Replik lediglich wiederholt wurde, geht nur dahin:

daß dem Beklagten aufgegeben werde, sich der Vornahme von allen Fabrikarbeiten auf seinem Grundstück zu enthalten.

Hiernach scheint es zwar, als habe sich der Kläger und der Appellant bei der stadtgerichtlichen Entscheidung wenigstens in soweit beruhigen wollen, als in dem ersten Entscheidungsgrunde zu derselben,

Digitized by Google

welcher hier unverkennbar ein der Rechtskraft fähiges Element der Entscheidung bildet, zu seinem Nachtheil ausgesprochen ist: daß ihm, beziehungsweise den ihm eigenthümlichen Grundstücken die von ihm behauptete Servitut zu Lasten des dem Beklagten gehörenden Grundstücks Gew. 16, N° 287 der Sachsenhäuser Gemarkung gar nicht zustehe, daß ihm vielmehr aus der von ihm mit dem Beklagten getroffenen Vereinbarung nur die persönliche Berechtigung erwachsen sei, daß der Beklagte dasjenige unterlasse, zu dessen Unterlassung sich gegen ihn verpflichtet hat.

Allein diese an sich gerechtfertigte Auffassung der von dem Appellanten aufgestellten Beschwerde steht nicht im Einklange mit dem, was der Appellant in seiner Berufungsschrift unter I zur Begründung der Beschwerde vorbringt, und es ist deßhalb nach Vorschrift der

l. un. C. ut quæ desunt advocatis (2. 11.)

die Beschwerde des Appellanten auch als dagegen gerichtet zu betrachten, daß ihm das von ihm gegen den Beklagten behauptete und von diesem bestrittene dingliche Recht abgesprochen worden ist.

Insoweit die Beschwerde des Appellanten hiergegen gerichtet ist, muß sie jedoch verworfen werden. Denn es ist dem Stadtgerichte darin beizupflichten, daß die Constituirung solcher Servituten, wie diejenige sein würde, die mittelst der in der Klage angegebenen Bestimmung des Kaufbriefs, kraft dessen der Beklagte von dem Kläger das beschwerte Grundstück Gew. XVI, N° 287 erkauft hat, beabsichtigt war, der Vorschrift der Reformation II. 3. §. 18 zuwiderläuft und deßhalb als eine dem gemeinen Nutzen hinderliche an sich unstatthaft sei.

Diese Auffassung jener Vorschrift der Reformation entspricht nicht nur einer langjährigen gleichmäßigen Auslegung derselben, wie sie von Orth und Souchay bezeugt wird, sondern ist auch in späteren Gesetzen als die richtige anerkannt, nämlich im fünften Kapitel des Baustatuts vom Jahre 1809 §. 3 und in dem Gesetze über die Berechtigung zum Gewerbebetrieb vom Jahre 1864 §. 11. 12 und 14. Nach diesen gesetzlichen Bestimmungen sollen nur die mit der Gewerbepolizei betrauten Behörden entscheiden, an welchen Orten Gewerbe der Art, wie die in der angeführten Stelle der Re-

Digitized by Google

formation angegebenen, betrieben werden dürfen, keineswegs aber soll Privaten die Befugniß zustehen, durch Constituirung von Servituten zu Gunsten ihrer Grundstücke gewisse Gewerbe aus dem Bezirke, in welchem jene Grundstücke liegen, für immer zu verbannen.

Es fragt sich also nur noch: ob der Appellant, auch wenn ihm, wie das Stadtgericht erkannt hat, nur ein persönliches Recht zusteht, von dem Beklagten zu verlangen, daß er sich auf dem von dem Kläger erkauften Grundstücke aller lärmenden Arbeiten, durch welche die Nachbarschaft belästigt würde, enthalte, mit dem von dem Stadtgerichte ihm auferlegten Beweise zu verschonen sei? — Diese Frage ist zu Gunsten des Appellanten zu bejahen, weil die ihm gemachte Beweisauflage sich bei dem dermaligen Stande der Sache als eine ganz zwecklose herausstellt. Das Endergebniß des vorliegenden Rechtsstreits wird, abgesehen davon, daß weitere, von nun an unnöthige Kosten entstehen, wenn der dem Kläger auferlegte Beweis angetreten werden muß, ganz das Nämliche sein, mag nun dieser Beweis geführt werden oder nicht. Denn wenn auch der Kläger eine bestimmte, von dem Beklagten bestrittene Thatsache anführte, welche ihn zur Anstellung seiner Klage veranlaßt habe, so hat doch der Beklagte sich nicht darauf beschränkt, die Richtigkeit der von dem Kläger angeführten Thatsache zu bestreiten, sondern er hat auch ausdrücklich behauptet, daß er zur Vornahme derjenigen Handlungen dem Kläger gegenüber berechtigt sei, wegen deren dieser in seiner Klage sich beschwerte. — Unter diesen Umständen mußte also die Frage entschieden werden, ob die Berechtigung, welche der Kläger gegen den Beklagten in Anspruch nahm, wirklich existire, und diese Frage ist durch das stadtgerichtliche Erkenntniß insoweit zu Gunsten des Klägers entschieden, daß diesem wenigstens ein persönliches Recht zustehe, zu verlangen, daß der Beklagte sich auf seinem Grundstücke Gew. **16** N: **287** der Sachsenhäuser Gemarkung aller lärmenden, die Nachbarschaft belästigenden Arbeiten enthalte. Eines Mehreren bedarf es nach Lage der Akten nicht.

Hiernach muß der von dem Kläger erhobenen Berufung gemäß schon jetzt ein seiner Klagbitte entsprechendes verurtheilendes Erkenntniß gegen den Beklagten ergehen. Dabei sind die Kosten erster In-

Digitized by Google

stanz zu vergleichen, weil dem Kläger das von ihm in Anspruch genommene Servitutenrecht aberkannt worden ist, er somit in dieser Beziehung wie ein Zuvielfordernder zu behandeln ist, während der Beklagte zuviel bestritten hat.

Von den in dieser Instanz erwachsenen Kosten hat der Kläger, weil er mit seiner Beschwerde, insoweit sie auf Anerkennung der von ihm in Anspruch genommenen Servitutenberechtigung gerichtet war, abgewiesen werden mußte, dem Appellaten einen angemessenen Theil zu ersetzen.

Aus diesen Gründen wird hiermit, unter Aufhebung des stadtgerichtlichen Erkenntnisses vom 26. November 1866 zu Recht erkannt:

daß der Beklagte bei Meidung einer Geldstrafe von fünf Gulden sich auf seinem Grundstücke Gew. 16 N° 287. der Sachsenhäuser Gemarkung der Vornahme aller lärmenden, den Kläger belästigenden Arbeiten zu enthalten habe.

II. Die in der ersten Instanz erwachsenen Kosten werden verglichen und

III. von den in dieser Instanz erwachsenen Kosten hat der Appellant dem Appellaten die Hälfte zu ersetzen.

Das Obertribunal bestätigte am 3. December 1867 dieses Erkenntniß.

Aus den Gründen:

Beide Vorderrichter, welche die Klage als eine confessorische betrachtet haben, auch der Interpretation der gedachten Vertrags-Clausel, sowie sie vom Kläger aufgestellt worden, beigetreten sind, gehen von der Ansicht aus, daß jene Clausel zwar eine gültige persönliche Verpflichtung des Verklagten, sich aller lärmenden und ruhestörenden Arbeiten auf seinem Grundstücke zu enthalten, begründe, dagegen aber nicht geeignet sei, eine solche Verpflichtung dem verklagtischen Grundstück als eine dingliche Last aufzuerlegen, weil dies dem im §. 18, Thl. II, Tit. 3 der Frankfurter Reformation zuwiderlaufen würde.

Diese letztere Annahme bildet den einzigen Streitpunkt in der gegenwärtigen Instanz, indem Ober-Appellant auszuführen sucht, daß

Digitized by Google

die bezogene Stelle der Reformation auf einen Vertrag der vorliegenden Art keine Anwendung finden könne.

Diese Beschwerde ist jedoch nicht für begründet erachtet worden. Nach dem §. 18 a. a. O. ist es bei dem Verkauf von Häusern und sonstigen Liegenschaften in der Stadt Frankfurt dem Verkäufer untersagt, besondere und ungewöhnliche dingliche Lasten dem verkauften Grundstück aufzuerlegen, und namentlich ist es untersagt, Servituten zu constituiren, welche den Betrieb gewisser Gewerbe auf dem belasteten Grundstücke für die Dauer unmöglich machen würden. Zu einer solchen Belastung würde es aber führen, wenn durch die streitige Vertrags-Stipulation dem Grundstücke des Verklagten als dingliche Last die dauernde Verpflichtung auferlegt würde, wonach auf demselben niemals geräuschvolle, die Ruhe der Nachbarn störende Arbeiten vorgenommen werden dürften. — Eine derartige, dem gemeinen Recht unbekannte Servitut ist daher als eine „besondere und ungewöhnliche" im Sinne des citirten §. 18 zu betrachten und der Appellations-Richter hat ihr daher mit Recht die gesetzliche Gültigkeit abgesprochen.

Wenn sonach das vom Ober-Appellanten ergriffene Rechtsmittel unbegründet erscheint und daher auch die, durch die Entscheidung der Hauptsache bedingt gewesene Regulirung des Kostenpunktes denselben nicht beschwert, so bedarf es eines näheren Eingehens auf die vom Ober-Appellaten erhobene prozessualische Vorfrage nicht, ob, nach der Lage des Rechtsstreits in dieser Instanz überhaupt die Anerkennung der Servitut als eines dinglichen Rechtes von Seiten des Ober-Appellanten gefordert werden könne. Es war vielmehr, wie geschehen, das angegriffene Erkenntniß lediglich zu bestätigen.

38.

F. E. Dörr, Kläger und Widerbeklagter gegen Kunsthändler F. G. Kitzinger in München, Beklagter und Widerkläger, Forderung, insbesondere Ermächtigung zum Verkaufen von Retentionsobjecten betreffend.

1) Prüfung der Competenz des Gerichts, theils mit Bezug auf H.-G.-B. Art. 313 bis 316, da, wer ein Retentionsrecht hat, bei dem für ihn selbst

Digitized by Google

zuständigen Gerichte den Verkauf beantragen kann, theils als forum arresti, mit Bezug auf Art. 51 der Frankf. Prozeßordnung von 1819.

2) Art. 49 der Frankf. Prozeßordnung verlangt Special-Vollmacht, wenn der Arrest durch einen Bevollmächtigten nachgesucht wird; Klage aufrecht erhalten, da Beklagter Widerklage erhoben und auf Grund des Art. 315 des H.-G.-B.

3) Klage auf Rückgabe einer Caution, geleistet dafür, daß Kläger dem Beklagten bei Beendigung des Engagements die ihm anvertrauten Bilder, resp. deren Erlös ausliefern werde; die Rückzahlung der Caution und die Rückgabe der Bilder hat Zug um Zug zu geschehen.

4) Retentionsrecht an den Bildern auf Grund des Art. 313 des H.-G.-B., da das Frankf. Einführungsgesetz Art. 15 das Erforderniß des Handelsgeschäftes aufgehoben, zugestanden; darin, daß für die Rückgabe der Caution eine hypothekarische Sicherheit bestellt worden, liegt kein Verzicht auf Geltendmachung der Ansprüche auf anderem Wege, zumal bei der Schwierigkeit des Subhastationsverfahrens bei auswärtigen Gerichten.

5) Prüfung der klägerischen Rechnungsstellung in Bezug auf baare Auslagen, Salairforderung u. s. w.

Erkenntniß des Stadt-Gerichts I vom 11. Juni 1866.

In Erwägung daß

1) die Competenz des hiesigen Gerichtsstandes keinem gegründeten Zweifel unterliegen kann, weil einmal

a. der Kläger sich allerdings auf die Art. 313 bis 316 des H.-G.-B. beziehungsweise den Art. 15 zum Einführungsgesetze zu berufen befugt war, indem bei dem durch die Urkunde bescheinigten Umstande, welcher Urkunde gegenüber der unmotivirte und vage Widerspruch des Beklagten nicht in Betracht kommen kann, nämlich, daß der Kläger hier sein Domicil hatte, auch das hiesige Gericht als das für ihn zuständige erscheint; dann aber auch

b. der hiesige Gerichtsstand als forum arresti begründet erscheint, indem einestheils Kläger bereits in seinem Arrestantrage sich auf seine Eigenschaft als hiesiger Bürger, beziehungsweise wie er in der Replik verbessert, als hiesiger Bürgersohn, was, wie schon mehrfach erkannt worden, von gleicher Wirkung ist, ausdrücklich berufen hat, anderentheils aber durch die Urkunde das zweite Erforderniß des Art. 51 der Prozeß-Ordnung, nämlich daß die Forderung gegründet und fällig sei, für hinlänglich dargethan erachtet werden muß, um den nachgesuchten Realarrest zuläßig erscheinen zu lassen.

Digitized by Google

In Erwägung daß

2) in der Sache selbst die Forderung auf Rückerstattung der von dem Kläger dem Beklagten geleistete Caution von fl. 3000. jedenfalls liquid erscheint, da der Beklagte selbst zugestanden und durch das von ihm selbst producirte Notariatsinstrument nachgewiesen erscheint, daß er die von Seiten des Klägers erfolgte Kündigung des Engagements vorbehaltlos angenommen, hiermit aber feststeht, daß die nur auf Grund dieses Engagements geleistete Caution wieder zurückzugeben war, und zwar um so mehr, als Beklagter keineswegs mit Bestimmtheit zu behaupten vermochte, daß ihm aus dem fraglichen Engagement noch Ansprüche an den Kläger zuständen; ein sonstiger rechtlich durchschlagender Grund aber, warum die Rückgabe von Bildern aus der Caution nicht gleichzeitig, nicht Zug um Zug erfolgen sollte, sondern der Kläger mit der Zurückgabe voranzugehen hätte, von dem Beklagten nicht namhaft gemacht werden konnte, da es bei der vorbehaltlosen Annahme der Kündigung von Seiten des Beklagten nicht mehr in Betracht kommen kann, ob der Kläger im Uebrigen zu dieser Kündigung befugt war, noch etwas darauf ankommen kann, daß der Beklagte dem Kläger eine hypothekarische Gegensicherheit, zu deren alsbaldiger Löschung mitzuwirken, Kläger sich ohnehin erboten, geleistet hatte, eben so wenig aber in dem von dem Beklagten mitgetheilten Inhalt eines von dem Kläger *vor der Engagementskündigung* abgesendeten Telegramms das Erbieten desselben, die in seinem Besitze befindlichen Bilder ohne Vorbehalt und Sicherung seiner Ansprüche herausgeben zu wollen, gefunden werden kann; hiernach aber

3) der Kläger, dem jedenfalls eine Forderung auf Rückerstattung der baar an den Beklagten gezahlten fl. 3000. zustand, ohne Rücksicht auf die übrigen aufgeführten Soll-Posten ein Retentionsrecht an den in seinem Besitze befindlichen Bildern geltend zu machen für befugt erklärt werden muß, der Absatz 2 des Art. 313 dem Kläger aber um so weniger hierbei im Wege stehen kann, als derselbe keineswegs es übernommen hatte, diese Bilder an bestimmte Personen zu behändigen und sogar der Auftrag, sie zu verkaufen, später von dem Beklagten wieder zurückgezogen und an dessen Stelle der Auftrag der

Digitized by Google

Uebersendung an den Beklagten gesetzt worden war, welcher Auftrag selbstverständlich nicht zu denen gehört, die der Ausübung des Retentionsrechts hinderlich sind, im Uebrigen aber es ununtersucht bleiben kann, ob die fraglichen Bilder in Folge eines Handelsgeschäfts in die Hände des Klägers gekommen sind, da der Art. 15 des Einführungsgesetzes dieses Erforderniß aufgehoben hat; dagegen der Art. 313 keinen Unterschied macht, ob derjenige, der das Retentionsrecht beansprucht, kraft eigenen Rechtes oder nomine des Eigenthümers besitzt, das weitere Erforderniß aber, daß das Retentionsobject mit Willen des Eigenthümers in die Hände des Retinirenden gekommen ist, hier unzweifelhaft vorliegt.

In fernerer Erwägung,

4) daß der Beklagte die baaren Auslagen-Posten 1 bis 14 der Rechnungsaufstellung sowohl ihrer Höhe nach bestreitet, als überhaupt leugnet, daß Kläger dieselben aufgewendet habe, und dem Posten 1 von fl. 66. — für Miethe des Salons, wo die Bilder aufgestellt worden, entgegenhält, daß in diesem Posten auch der Miethzins für das von dem Kläger und seiner Ehefrau innegehabte Logis inbegriffen sei, wie ferner in Betreff aller dieser Posten, daß Beklagter dieselben zu bezahlen nicht schuldig sei, da er vertragsmäßig alle Unkosten der Reise, des Verkaufs und Transports gegen den festen Bezug von fl. 10. — täglicher Reisediäten zu tragen gehabt, hiernach also beiden Theilen der Beweis ihrer deßfallsigen Behauptungen obliegt, in Betreff des Postens 3 von fl. 59. 5 kr. jedoch dem Kläger ein solcher Nachweis nicht mehr auferlegt werden kann, da durch die unbeanstandete Urkunde für den Betrag von fl. 49. 47 kr. genügender Beweis erbracht ist, in Betreff des Betrags von fl. 9. 18 kr. aber der vage Widerspruch des Beklagten nicht hinreicht, um den Kläger beweispflichtig erscheinen zu lassen, und zwar um so weniger, als es die Natur der Sache schon mit sich bringt, daß der Kläger zum Abladen und Hinwegtragen der Kisten mit Bildern der Dienste von Abläder und Hausknechte bedurfte, die entsprechend zu belohnen waren, Quittungen für Zahlungen von derartigen Diensten aber nicht verlangt und nicht ertheilt zu werden pflegen; was dagegen

5) die Posten 15 und 16 für Salairforderung betrifft, zwar

Digitized by Google

der erste Posten mit fl. 150. — für Salair bis zum 30. Juni als dem Tage, an welchem der Beklagte die Kündigung des Klägers angenommen, nicht zu beanstanden ist, wohl aber der zweite Posten mit fl. 450. —, da Kläger, der selbst kündigte, sich nicht darauf berufen kann, daß der Beklagte ihm, wenn dieser gekündigt haben würde, ein halbes Jahr weiter Salair zu zahlen schuldig gewesen wäre, auch dem Kläger darin nicht beigestimmt werden kann, daß er zur Kündigung und Schadensforderung berechtigt gewesen, weil Beklagter ihm seinen Gehalt und seine Reisespesen nicht pünktlich ausbezahlt habe, da hier nicht der Fall des Art. 63 des H.-G.-B. vorliegt, indem Kläger nach seiner eigenen Rechnungsaufstellung zugeben muß, sowohl daß Beklagter ihm in der kurzen Zeit von nicht ganz 2 Monaten den nicht unbeträchtlichen Betrag von fl. 675. — ausbezahlt hat, daß auch Kläger aus bewirkten Verkäufen den weiteren Betrag von fl. 540. 43 kr. in Händen hatte, der Kläger mithin keineswegs durch die Schuld des Beklagten in eine solche bedrängte Lage versetzt wurde, daß er für zur Contraktsaufhebung genöthigt angesehen werden kann,

Vgl. Lutz, Protocolle S. 102, 964.

Koch, das allgem. D. H.-G.-B. S. 166.

Hiernach aber auch

6) Die Reisespesen nicht länger als bis zum 30. Juni berechnet werden können, mithin der Posten 17 von fl. 650. — auf fl. 350. — zu reduciren ist.

Was weiter

7) den Posten 18 für berechnete Provision betrifft, den Beklagter mit Unrecht bestreitet, daß Kläger von den an de Neufville verkauften Bildern Provision zu berechnen nicht befugt sei, da er diese Bilder nachher, nachdem Kläger schon den Auftrag erhalten habe, die Bilder zurückzuschicken, verkauft habe, indem einmal Beklagter selbst nicht zu behaupten vermochte, daß er dem Kläger verboten habe, noch weitere Bilder zu verkaufen, vielmehr durch den Brief eher das Gegentheil dargethan wird, noch daß Kläger diese Bilder nach geschehener oder gar angenommener Kündigung verkauft habe, dann aber auch Beklagter in keiner Weise angeben konnte, welches rechtliche Interesse er daran gehabt, daß von diesen Bildern,

Digitized by Google

welche doch zum Verkauf bestimmt waren, nach erfolgter Ordre zur Rücksendung keine mehr verkauft würden, weßhalb nach den Einräumungen beider Theile in der Replik und Duplik der Posten 18 nunmehr mit fl. 74. 12 kr. liquid erscheint, deßgleichen der Posten 19 mit fl. 4. 30 kr.

8) Den Posten 21 von fl. 108. 30 kr. betreffend, es keiner weiteren Ausführung bedarf, daß der Kläger nicht befugt sein kann, nach dem Tage der Contraktsaufhebung sich für die Aufbewahrung und das „Achtgeben auf die Bilder" eine Tagegebühr von fl. 3. 30 kr. zu berechnen, vielmehr sein wirklicher rechtlich anzuerkennender Anspruch für Lagerspesen sich nicht weiter erstrecken kann, als auf Zuerkennung einer Lagermiethe und sonstiger hierzu nothwendig gehöriger Spesen, weßhalb Kläger, da er es unterlassen eventuell seine Lagerspesen ordnungsmäßig zu liquidiren mit diesem Posten, wie angebracht, abzuweisen ist.

9) Die Widerklage betreffend, es nach den Ausführungen sub 2 und 3 nicht zweifelhaft sein kann, daß dieselbe hinfällig ist. Daß ferner

10) Beklagter seine Gegenforderung für einen dem Kläger besorgten Reisepaß mit fl. 4. 40 kr. bei dem Leugnen Klägers zu erweisen hat und ebenso

11) daß von dem königlichen Bezirks-Gericht München für eine Forderung von Max Pfeiffer Arrest auf die Caution des Klägers bis zum Belaufe von fl. 221. — gelegt worden.

In endlicher Erwägung,

12) daß, da es dermalen sich nicht beurtheilen läßt, ob und welcher der Streittheile durch die in seinem Besitze befindlichen Werthe auch für die Prozeßkosten gesichert erscheint, beide Parteien der Prozeßkosten wegen Caution zu leisten für verpflichtet zu erachten sind, und diese Caution auf fl. 150. — zu bestimmen ist.

Wird zu Recht erkannt:

I. Kläger hat der Prozeßkosten wegen binnen 14 Tagen genügende Sicherheit im Betrage von fl. 150. — zu leisten, bei Vermeidung, mit seiner Klage, wie angebracht, abgewiesen zu werden.

Digitized by Google

Die Erfüllung dieser Auflage vorausgesetzt, hat

II. Beklagter binnen gleicher Frist gleiche Sicherheit in dem nämlichen Betrage zu leisten, bei Vermeidung der Hülfsvollstreckung.

III. Kläger wird mit dem Soll-Posten 16 im Betrage von fl. 450. —, deßgleichen mit dem Posten 17 für den Betrag von fl. 300. — definitiv, sowie mit dem Posten 21 im Betrage von fl. 108. 30 kr., wie angebracht, abgewiesen.

IV. Beklagter wird mit der erhobenen Widerklage abgewiesen.

V. Die Ansprüche des Klägers werden im Betrage von fl. 3000. — nebst 5% Zinsen vom 28. April 1865 an, deßgleichen der weitere Betrag von fl. 252. 20 kr., abzüglich jedoch des zugestandenen Betrags von fl. 1215. 43 kr., für liquid erkannt.

VI. Beide Theile haben vorbehältlich des Gegenbeweises binnen 14 Tagen rechtsgenügend darzuthun:

A. Kläger:

daß er folgende Posten verausgabt habe, nämlich:

a. Posten 1 mit fl. 66. oder wie viel weniger bis zu fl. 33. — kr.

n. Posten 14 mit fl. 2. 24 kr. oder wieviel weniger bis zu fl. 1. 12 kr.

B. Beklagter:

1) daß Kläger vertragsmäßig für den Bezug von fl. 10. — täglicher Reisediäten sämmtliche Reiseunkosten einschließlich der Verkaufs- und Transportspesen zu tragen verpflichtet gewesen,

2) daß er für einen Reisepaß des Klägers fl. 4. 40 kr. verausgabt habe,

3) daß das königliche Bezirksgericht München die Caution des Klägers bis zum Belaufe von fl. 221. — mit Beschlag belegt habe.

VII. Bleibt in der Sache selbst, sowie der Kosten wegen, Verfügung vorbehalten.

Erkenntniß des Appell.-Gerichts vom 29. October 1866.

Die erste Beschwerde des Appellanten ist dahin gerichtet, weil nicht unter Verurtheilung des Klägers in der Widerklage die Vorklage abgewiesen worden sei. Wenn hier zunächst zur Rechtfertigung

Digitized by Google

hervorgehoben wird, daß zur Begründung des hiesigen Gerichtsstandes und zur Sicherheit des Streitgegenstandes ein Arrest nicht hätte erkannt werden dürfen, so ist in dieser Beziehung die Beschwerde als richtig anzuerkennen. Nach der klaren Bestimmung des Art. 49 der Prozeßordnung von 1819 muß, wenn der Arrest durch einen Bevollmächtigten nachgesucht wird, die Vollmacht namentlich auf diesem nachzusuchenden Arrest gerichtet sein. Eine solche Specialvollmacht ist aber in der St. G. A. nicht zu finden. Der von dem Stadtgericht durch Verfügung vom 11. September 1865 bei dem Gastwirth Zang auf 45 Stück in dessen Verwahrung befindlichen Oelbilder ist daher aufzuheben.

Appellant vermeint aber weiter, daß die Vorklage hierorts hätte abgewiesen werden müssen, weil der hiesige Gerichtsstand, wie von dem Stadtgericht geschehen ist, auch nicht durch Art. 315 des H.-G.-B. resp. Art. 15 des Einführungsgesetzes hiezu gerechtfertigt werden. Hiergegen kommt jedoch in Betracht, daß Beklagter mit seiner Vernehmlassung eine mit der Vorklage im engsten Zusammenhange stehende Widerklage erhoben hat und daß er, wie aus der Appellationseinführung zu entnehmen ist, diese jedenfalls mit entschieden haben will. Nun ist aber rechtlich nicht zu leisten, eine Vorklage wegen Unzuständigkeit des Gerichtes abzuweisen und nichtsdestoweniger die Widerklage zu verhandeln und zu entscheiden. Wenn Appellant seine Gegenansprüche, für welche der hiesige Gerichtsstand auch als forum domicilii zulässig erscheint, dahier zur Geltung bringen will, so muß er auch anerkennen, daß die Ansprüche des Klägers dahier zur Entscheidung kommen dürfen.

Hiernach muß trotz der vorgeschützten Einrede des unzuständigen Gerichtes in die Hauptsache eingegangen werden. Kläger hatte in der Klagschrift unter Bezugnahme auf seine Rechnungsaufstellung der St. G. A. seine Forderung auf fl. 3430. 40 kr. nebst Zinsen zu 5% aus fl. 3000. — vom 1. August 1865 berechnet. Von diesem Betrage sind jedoch jetzt der Posten 16 mit fl. 450. —, der Posten 17 mit fl. 300. —, mit welchem er definitiv, und der Posten 21 mit fl. 108. 30 kr., mit welchem er angebrachtermaßen rechtskräftig abgewiesen wird, und von dem Posten 18 von fl. 84. 42 kr.,

Digitized by Google

welcher nach Uebereinstimmung der Streittheile auf fl. 74. 12 kr. bestimmt wird, fl. 10. 30 kr., zusammen also fl. 869. —, in Abzug zu bringen, so daß sich jetzt die Forderung im Capitalbetrage auf nur fl. 2561. 40 kr. festgestellt, und also Kläger bereits theilweise für seinen Cautionsanspruch von ursprünglich fl. 3000. — befriedigt erscheint. Es fragt sich nun, ob unter diesen Umständen derselbe an den Bildern bis zu seiner Befriedigung ein Retentionsrecht ausüben darf. In dieser Richtung kann der Ausführung des Stadtgerichtes nicht beigetreten werden. Kläger hatte, wie aus der Vertragsurkunde zu ersehen ist, die fl. 3000. — dafür als Sicherheit an den Beklagten gezahlt, daß er seiner Zeit die ihm anvertrauten Bilder in ordnungsmäßigem Zustande resp. den dafür erzielten Erlös ausliefern werde. Es ist daher selbstverständlich, daß er dieser seiner Verbindlichkeit zuerst nachzukommen hat, ehe er die Rücklieferung der Caution beanspruchen kann. Hierzu kommt, daß ihm für die Caution wieder eine hypothekarische Sicherheit geleistet worden und daß damit das im Art. 315 des H.-G.-B. resp. Art. 15 des Einführungsgesetzes zugelassene Retentionsrecht jedenfalls ausgeschlossen ist.

Hahn, Commentar Bd. 2, S. 132.

Er kann aber auch mit Grund nicht anführen, daß diese Gegensicherheit eine nicht ausreichende sei. In dem Vertrag vom 29. April und in dessen Nachtrag vom 1. Mai 1865 hat er die ihm zu bestellende Hypothek ausdrücklich als sicher und genügend anerkannt, und daß er damals auf irgend eine Weise getäuscht worden sei, überall nicht behauptet. Er konnte aber auch eben so wenig angeben, daß spätere Ereignisse eingetreten seien, welche dem Credit und namentlich dem hypothekarischen Credit des Beklagten als gefährdet erscheinen lassen. Es liegt namentlich nicht vor, daß einer der in Art. 314 des H.-G.-B. ausgeführten Fälle eingetreten sei. Ist aber dem Kläger ein Retentionsrecht nicht zuzugestehen, so folgt daraus von selbst, daß die Widerklage begründet ist. Bei dieser Sachlage ist zunächst dem Kläger eine Frist zur Zurücklieferung der 46 Bilder anzusetzen und dem Beklagten ein angemessener Zeitraum zur Prüfung und Untersuchung, ob sich dieselben in ordnungsmäßigem Zustande befinden, zu erstatten. Erst alsdann ist derselbe verbunden,

Digitized by Google

die Cautionsschuld in dem Betrage, welcher sich alsdann zu Gunsten des Klägers berechnet und in so weit auf dieselbe nicht von Dritten gerichtlicher Beschlag gelegt sein sollte, an den Kläger mit vertragsmäßigen Zinsen zu 5% vom 1. August 1865 an, gegen zur Löschung der Hypothek rechtsgenügende Empfangsbescheinigung zu zahlen, weßhalb seiner Zeit dieser bei dem Stadtgericht geeigneten Antrag zu stellen hat.

Die vierte Beschwerde anlangend, so erscheint dieselbe insoweit begründet, daß auch die Posten 1. 2. und 4. bis 14. der Anlage der St. G. A. zurückzuweisen sind. Es enthalten dieselben Ausgaben, welche Kläger offenbar für eigene Rechnung zu bestreiten hatte, nachdem ihm Reisespesen und Provision in genügender Maßen ausgesetzt worden waren. Dagegen ist nicht zu befinden, daß damit auch die Frachtauslagen im Betrage von fl. 59. — (Posten 3) aufzubürden ist. Die Bilder wurden nicht schon zu München überliefert, sondern erst hierher gesandt, es ist daher im Zweifel anzunehmen, daß die hierdurch verursachten Kosten von dem Beklagten zu tragen sind, wenn er nicht hinsichtlich dieses Postens den von dem Stadtgericht unter B. 1. auferlegten Beweis erbringt.

Daß Kläger nicht auch mit dem Posten 18. im Betrage von fl. 84. 42 kr., jetzt fl. 74. 12 kr. abzuweisen, und daß der Posten 21. von fl. 108. 30 kr. nur angebrachtermaßen abzuweisen war, ist von dem Stadtgericht, dessen Gründen nur beizutreten ist, nachzuweisen. Aus diesen Gründen wird das stadtgerichtliche Erkenntniß vom 10. Juni 1866 im Uebrigen zwar bestätigt, jedoch in folgenden Punkten abgeändert:

1) Der durch stadtgerichtliche Verfügung vom 11. September 1865 bei dem Gastwirth Zang auf 45 Bilder angelegte Arrest wird aufgehoben.
2) Kläger wird auch mit den Posten 1. 2. und 14 inclus. im Gesammtbetrage von fl. 100. 42 kr. definitiv abgewiesen und
3) demgemäß der dem Beklagten unter B. 1. auferlegte Beweis auf die Frachtkosten des Postens 3. beschränkt.
4) Kläger und Widerbeklagter hat binnen 14 Tagen die 46 Oelbilder an den Widerkläger zurückzuliefern.

Digitized by Google

5) Die Kosten dieser Instanz werden gegenseitig verglichen und hat Appellat dem Appellanten die Hälfte des Protocoll- und Bescheid-Stempels zu ersetzen.

Erkenntniß des Obertribunals vom 3. December 1867.

I. Auf die Revision des Klägers,

daß das Urtheil des Appellations-Gerichts zu Frankfurt a. M. vom 29. October v. J. dahin abzuändern:

1) daß der Kläger mit den Posten seiner Rechnung N° 1., 2., 4. bis 14. einschließlich, noch nicht definitiv abzuweisen, vielmehr es bei der Beweisauflage des Stadtgerichts in dem Urtheil vom 11. Juni v. J. unter A. und B. zu belassen.

2) Daß dieses Urtheil in Bezug auf die Abweisung des Revisen mit der Widerklage zu bestätigen,

daß im Uebrigen das Appellationsurtheil zu bestätigen und von den Kosten dieser Revision 1/3 dem Revidenten und 2/3 dem Revisen zur Last zu legen;

II. auf die Revision des Verklagten,

daß das erwähnte Appellations-Urtheil zu bestätigen und dem Revidenten die Kosten dieser Revision aufzuerlegen; daß Kläger in 1/4 und Verklagter in 3/4 der Kosten der zweiten Instanz zu verurtheilen.

Gründe.

I. In der Revision des Klägers wird

1) darüber Beschwerde geführt, daß der vom 11. September 1865 bei dem Gastwirth Zang auf die 45 Oelgemälde des Verklagten angelegte Arrest deßhalb aufgehoben worden, weil der Anwalt des Impetranten keine Special-Vollmacht beigebracht habe. Mit Recht bezieht sich aber das Appellationsgericht auf den §. 49 der Prozeß-Ordnung, nach welchem die Vollmacht, wenn der Arrest durch einen Bevollmächtigten nachgesucht wird, auf diesen nachzusuchenden Arrest gerichtet sein muß, ohne welche derselbe nicht erkannt werden darf. Schon die wörtliche Fassung dieser Bestimmung läßt es außer Zweifel, daß die allgemeine Ermächtigung, wie sie sich in der über-

Digitized by Google

gebenen Prozeßvollmacht I. findet, „Real- und Personal-Arrest zu erwirken", nicht hinreicht; unverkennbar ist aber auch die Absicht jener Vorschrift, bei der Wichtigkeit, welche die Arrestanlage für beide Parteien hat, genau festzustellen, daß der Impetrant selbst gewußt habe, unter welchen Umständen der Arrest beantragt werde.

Der Einwand, daß der Verklagte diesen Mangel nicht geltend gemacht habe, beseitigt sich dadurch, daß von ihm die Arrestanlage überhaupt nach Form und Begründung bestritten worden ist.

2) Dagegen ist die fernere Beschwerde hinsichtlich der Posten der Hauptklage N° 1, 2, 4 bis 14 begründet.

In dem Vertrage vom 29. April 1865 verspricht der Verklagte, an Reisediäten innerhalb Baiern pr. Tag fl. 7. und außerhalb Baiern täglich fl. 10. dem Kläger zu vergüten. Aus dieser Verabredung ist nicht zu entnehmen, daß der Kläger mit dem Satze von fl. 7. resp. fl. 10. andere Kosten als die der Reise und Verpflegung für seine Person hat bestreiten sollen. Auslagen für Fracht der Bilder und Muster, des Verkaufs, der Ausstellung u. s. w. sind stillschweigend nicht hierin begriffen und fallen dem Verklagten zur Last; widrigenfalls es lediglich von dessen Verfügung abhängen würde, die Verwendung der Diäten zu verändern und sie dem Kläger zu entziehen.

Wenn nun der erste Richter den Verklagten auf dessen Einwand zu dem Beweise verstattete, daß Kläger vertragsmäßig für den Bezug von fl. 10. täglicher Diäten sämmtliche Reise-Unkosten, einschließlich der Verkaufs- und Transportspesen, zu tragen verpflichtet gewesen: so hat er den Ersteren gewiß nicht gravirt. Da aber Beweise hierfür noch nicht vorliegen, so konnte der Appellations-Richter den unter den bezeichneten Posten erhobenen Anspruch nicht schon jetzt definitiv abweisen.

3) Ebenso begründet ist die dritte Beschwerde in Bezug auf die Widerklage.

Das Appellationsgericht erachtet den Antrag des Verklagten auf Herausgabe der 45 Bilder für gerechtfertigt, weil dem Kläger das Retentionsrecht an denselben nicht zustehe, welches aus dem Anspruche auf Rückzahlung der Caution von fl. 3000. hergeleitet wird.

Diese Caution, welche nach §. 5 des Vertrags für den richtigen

Digitized by Google

Eingang der Rimessen und Accepte, sowie auch für die an den Kläger übergebenen Bilder, Muster u. s. w. haftet, soll an dem Tage, an welchem das Engagement sein Ende erreicht, zurückbezahlt werden, soweit nicht dem Verklagten Gegenansprüche zustehen.

Der Appellationsrichter geht nun davon aus, daß Kläger seiner Verbindlichkeit zur Rücklieferung der Bilder zuerst nachkommen müsse, bevor er die Rückgabe der Caution verlangen könne. In dem §. 5 ist jedoch nicht verabredet, daß Kläger vorerst seine Verbindlichkeiten zu erfüllen und daß er nur nachher einen Anspruch auf die Rückzahlung der Caution habe, vielmehr sind nach Auflösung des Contrakt-Verhältnisses, wie das Stadtgericht richtig ausführt, die gegenseitigen Forderungen festzustellen und dann Zug um Zug in Vollzug zu setzen, damit nicht derjenige, welcher zuerst erfüllt, durch die Zögerung des Anderen benachtheiligt wird. — In dem angegriffenen Erkenntnisse ist für den Kläger bereits eine Forderung im Capitalbetrage von fl. 2561. 40 kr. als liquid angenommen und es steht daher nach den Artikeln 313—315 des A. D. H.-R. und §. 15 des Einführungsgesetzes deßhalb dem Kläger das Retentions-Recht an den Oelgemälden zu, womit der Grund der Widerklage beseitigt wird. Wenn sodann das Appellationsgericht aus der für die Rückzahlung der Caution bestellten hypothekarischen Sicherheit ein ferneres Argument gegen das Retentionsrecht entnimmt, weil Kläger die erstere für hinreichend gehalten und angenommen habe, so liegt hierin rechtlich kein Verzicht, die Ansprüche auch auf anderem Wege geltend zu machen.

Die Einleitung des Subhastations- und Lizitations-Verfahrens, zumal vor ausländischen Gerichten, kann für den Gläubiger mit größeren Schwierigkeiten verbunden sein, als die Ausübung des ihm nahe liegenden Retentionsrechts, und ein gesetzlicher Grund ist nicht angeführt, welcher ihn hinderte, von zwei sich darbietenden Wegen den einen nach seinem Ermessen zu wählen.

II. Der Verklagte kommt in seiner Revision

1) auf den Einwand der Incompetenz des Stadtgerichts zurück und richtet seine Beschwerde dahin, daß der Appellationsrichter diese Einrede nicht für begründet erachtet habe. — Man kann es dahin gestellt sein lassen, ob der Verklagte, weil er eine mit der Vorklage

Digitized by Google

im engsten Zusammenhange stehende Widerklage erhoben hat und diese jedenfalls mitentschieden haben wollte, die Zuständigkeit der hiesigen Gerichte anerkannte und auf die Incompetenz-Einrede verzichtete. Jedenfalls ist der Art. 315 des A. D. H.-G.-B. entscheidend, welcher denjenigen, dem das Zurückbehaltungsrecht zusteht, für befugt erklärt, im Wege der Klage bei dem für ihn selbst zuständigen Gerichte gegen den Schuldner den Verkauf der Gegenstände zu beantragen, um sich aus dem Erlöse zu befriedigen. Hierauf war die vorliegende Klage mitgerichtet, mithin das Stadtgericht, da nach Bescheinigung der Kläger in Frankfurt a. M. domicilirt ist, der competente Richter.

Der Revident hat sich bei dieser Beschwerde auch darauf bezogen, daß die Klage verfrüht und grundlos erscheine, weil vor Rückgabe der Bilder die Rückzahlung der Caution nicht gefordert werden könne, er auch sich dazu bereit erklärt habe, sobald der Revise aller seiner Verpflichtung genügt habe. In den Erwägungen zu der Revision des Klägers ist hierauf das Erforderliche ausgeführt worden.

2) Das Stadtgericht war befugt, die Entscheidung über den Kostenpunkt vorzubehalten, da über sämmtliche Streitpunkte noch nicht definitiv erkannt worden.

3) Wegen des Postens N° 3 der Klage (Frachtauslage von fl. 59.) gilt der Entscheidungsgrund, welcher bei der zweiten Beschwerde der Revision des Klägers oben angegeben ist.

4) In der Appellationseinführung ist ein Vorbehalt von Ansprüchen auf Schadensersatz nicht speziell gemacht worden. Will aber der Verklagte den Antrag in der Vernehmlassung hierher beziehen, so lag ein Grund zu diesem Vorbehalt einestheils nicht vor, anderntheils bleiben begründete Ansprüche auf Entschädigung auch ohne einen Vorbehalt bestehen.

Sämmtliche Beschwerden des Revidenten erscheinen daher nicht gerechtfertigt und die Revision mußte zurückgewiesen werden.

39.

Wittwe C. Heitefuß, geb. Rössing, Klägerin gegen Weißbinder L. Günther und Ehefrau, Beklagte, Entschädigung betr.

Digitized by Google

1) Klage gegen den Verkäufer einer Liegenschaft auf Zahlung eines Minderwerths, weil Käufer beim Verkaufsabschlusse verschwiegen, daß der Bauwich von dem gesetzlichen Maße von 9 Schuh 4½ Zoll vertragsmäßig auf 6 Schuh 3 Zoll herabgesetzt gewesen.
2) Klage abgewiesen rücksichtlich des Maschinenhauses, da beim Kaufabschluß dieses schon im Bau war und die Parteien darüber verhandelt haben.
3) Klage zugelassen rücksichtlich des Lagerhauses, da solches erst nach dem Kaufabschluß begonnen und Klägerin nicht zu der Annahme verpflichtet war, daß der Wich längs der ganzen Grenze beschränkt sei.
4) Die Aufhebung des Bauwichs durch nachbarliche Uebereinkunft gilt nicht als Servitut oder Reallast, welche auf dem Grundstücke haftet, jedenfalls könnte die Zusicherung im Kaufbriefe, daß die Liegenschaft frei von Servituten und Lasten sei, nur auf künftige Bauten, nicht auf bereits in Vollzug gesetzte, von Einfluß sein.
5) §. 38 der Verordnung vom 12. December 1866: für die Zulässigkeit der Abhäsion genügt, daß in dem nämlichen Streitpunkte beide Parteien eine Abänderung des Erkenntnisses verlangen.

Gründe zum Urtheil des Obertribunals vom 24. December 1866.

Das Stadtgericht zu Frankfurt a. M. hat in dem Erkenntnisse vom 25. September 1865 die Klage auf Entschädigung, in so weit sie wegen des auf dem Grundstücke des Chemikers Kolloge erbauten Lagerhauses erhoben worden, als unstatthaft zurückgewiesen; dagegen hinsichtlich des dort aufgeführten Kesselhauses den Partien folgende Beweise auferlegt:

1) der Klägerin, daß ihrem Hause auf Gew. 9 Nr. 255 dadurch, daß auf dem benachbarten Grundstücke Gew. 9 Nr. 257 in einer Entfernung von 6 Schuh 3 Zoll — statt 9′ 4½ Zoll — gegen die gemeinschaftliche Grenze ein Kesselhaus gebaut wird, ein Minderwerth von fl. 3000 oder wie viel weniger erwachsen ist;
2) den Verklagten, daß Klägerin bei Kauf des fraglichen Grundstücks Kenntniß davon gehabt hat, daß der Bauwich auf dem benachbarten Grundstück, Gew. 9 Nr. 257, auf 6′ 3″ durch nachbarliche Vereinbarung beschränkt worden war.

Durch Urtheil des Appellations-Gerichts (Rechtsfacultät München) vom 24. December v. J. ist dieses Erkenntniß auf die beiderseitigen Appellationen mit der Maßgabe bestätigt worden:

Digitized by Google

1) daß Klägerin auch zu beweisen habe, daß ihr die Verklagten die Zusicherung gegeben haben, daß auf der verkauften Liegenschaft, Gew. 9 Nr. 255, keine Servituten oder Lasten haften;
2) daß in dem Beweisthema wegen des behaupteten Minderwerths dieses Grundstücks die bestimmte Summe von fl. 3000 wegfalle und nur gesetzt werde,

„ein Minderwerth erwachsen sei und welcher?" —

Sowohl die Ober-Appellation der Klägerin von diesem Urtheil als die Adhäsion der Verklagten erscheinen unbegründet.

A. Ober-Appellation der Klägerin.

1) Die Klage auf Zahlung einer Entschädigung von fl. 3000 wurde darauf gegründet, daß der Nachbar der Klägerin, Chemiker Kolloge, im Jahre 1863 und 1864 Neubauten auf seinem Grundstücke, Gew. 9 Nr. 257, vorgenommen habe, welche gegen die gemeinschaftliche Grenze nach Gew. 9 Nr. 255 näher stehen, als der gesetzliche Bauwich von 9' 4½" gestatte, daß hierdurch für das Haus der Klägerin Licht und Luft beschränkt werde, und daß die Verklagten bei dem Verkauf dieses Hauses an die Klägerin, die früher vereinbarte Reduktion des Bauwichs auf 6' 3" verschwiegen hätten.

Mit Recht haben die vorigen Richter diese Klage in Bezug auf das neuerbaute Lagerhaus zurückgewiesen, und ihrer Ausführung ist beizupflichten.

Die Klägerin gesteht in der Replik zu, daß sie im Jahre 1863 vor Abschluß des Kaufs „den kleinen Anfang des Baues unter der „Oberfläche der Erde gesehen, daß ihr der Verklagte Günther auf „Befragen bestätigt: der Nachbar habe einen kleinen Bau projectirt" und ferner: daß sie geäußert, der Bau an sich halte sie von dem Kauf nicht ab.

Dieser Bau war also vor dem Kaufabschluß Gegenstand von Erörterungen unter den Partien, und es liegt kein Anhalt vor, daß diese Verhandlungen sich auf einen andern Gegenstand als die Entfernung des Baues von der Grenze bezogen hätten. Die Klägerin wußte, daß nahe an der Grenze ein neuer Bau aufgeführt werde, sie sah die Fundamente und die für das Schnurgerüste eingesetzten

Digitized by Google

Balken. Der nahe dabei bereits erbaute Schornstein des Nachbarn, dessen Entfernung von der Grenze die Replik zu 6′ 3″ einräumt, ließ vermuthen, daß für den neuen Bau eine gleiche Linie eingehalten werde, und der Verklagte Günther, welcher sich mit der Klägerin über den Bau unterhielt, äußerte nicht, daß der Nachbar Kollege in seine Rechte eingreife und in ungesetzlicher Nähe baue.

Unter diesen Umständen konnte es der Wahrnehmung der Klägerin nicht entgangen sein, daß das Lagerhaus näher an die Grenze gestellt werde, als die gesetzliche Entfernung von 9′ 4″ beträgt und daß Günther deßhalb keinen Einwand erheben wolle. Wenn sie daher den Kauf abschloß, ohne wegen der Entfernung eine Verabredung zu treffen, so ist anzunehmen, daß sie das Grundstück in dem Zustande zu kaufen beabsichtigte, in welchem sich dasselbe bei Aufführung des Baues befand, dessen Richtung ihr bekannt war.

Geht man hiervon aus, so fallen sämmtliche Gründe, welche für die Rechtfertigung der Appellations-Beschwerde angeführt sind, weg, und es ist bei deren Prüfung nur voranzuschicken, daß die Produktion der jetzt erst übergebenen vier Urkunden bei dem Widerspruch der Gegenseite, nach §§. 33 flg. der Verordnung vom 12. December v. J. unzulässig ist, weil eine neue Auffindung gar nicht behauptet wird.

Die Anführung, daß für das ungeübte Auge einer Frau, der Unterschied zwischen einer Entfernung von 9′ 4½″ und von 6′ 3″ sich nicht leicht erkennen lasse, daß die wenigen eingerammten Balken sich nicht als ein Schnurgerüste für den Weiterbau dargestellt hätten; ferner, daß durch die Scheidemauer zwischen den beiden Grundstücken eine genaue Wahrnehmung der Fundamente verhindert worden, verlieren ihr Gewicht gegen die positiven Thatsachen in dem Geständnisse, daß die Klägerin Einsicht von den Fundamenten des Baues genommen und geäußert, der Bau halte sie von dem Kaufe nicht ab. Eben so wenig kann von einem Verschweigen der verabredeten Abänderung des gesetzlichen Bauwichs die Rede sein, wenn die Klägerin deren Vollzug bei dem Bau wahrnahm und das Grundstück in diesem Zustand ankaufte. Die behauptete Zusicherung in dem Kaufvertrage, daß auf dem Grundstück keine Servituten und Lasten haften

Digitized by Google

muß bei dieser Sachlage auf andere Realberechtigungen als die Wichbeschränkung bezogen werden.

Ob es endlich in Frankfurt gebräuchlich ist, solche Beschränkungen in den Kaufverträgen zu erwähnen, ist nur bei künftigen Bauten von Einfluß,*) wenn aber eine solche Beschränkung bereits in Vollzug gesetzt und sichtbar ist, kann der Käufer nicht eine Unkenntniß oder Täuschung behaupten.

2) Ebenso unbegründet ist die Beschwerde hinsichtlich des Kesselhauses.

Das Appellationsgericht legt der Klägerin den Beweis auf:

„daß ihr die Verklagten die Zusicherung gegeben hätten, daß auf der verkauften Liegenschaft keine Servituten oder Lasten haften."

Mit Rücksicht auf die in dieser Instanz vorgelegte beglaubigte Abschrift des Kaufbriefes vom 14. April 1864, erachtet die Klägerin diesen Beweis für erbracht und beantragt, auch in diesem Punkte das II. Urtheil zu ihren Gunsten abzuändern und nach dem in der Klage gestellten Antrage zu erkennen.

Allein abgesehen von dem oben angeführten §. 33 der Verordnung vom 12. December v. J. kann eine Beweisaufnahme in dieser Instanz nicht stattfinden, um so weniger, da der interlocutorische Theil des Urtheils a quo nicht nur die angeführte Thatsache umfaßt, sondern sowohl der Klägerin als den Verklagten auch den Beweis anderer Behauptungen aufgibt und das Beweisverfahren nicht getrennt werden darf.

B. Zur Adhäsion.

Dieselbe erscheint zwar zulässig, weil sie gegen den nämlichen Theil des Appellations-Urtheils gerichtet wird, über welchen sich die Klägerin beschwert, — §. 38 der Verordnung vom 12. December v. J. — nämlich gegen die Entscheidung, betreffend das Kesselhaus.

*) Aus dem stadtgerichtlichen Erkenntnisse: auch das Argument der Klägerin, daß in dem Kaufbrief die Freiheit der verkauften Liegenschaft von Servituten und Lasten bestätigt sei, trifft hier schon insofern nicht zu, als die Aufhebung oder Beschränkung des in der Stadtgemarkung noch bestehenden Bauwichs durch nachbarliche Uebereinkunft nicht als eigentliche auf dem Immobilie haftende Servitut oder Reallast betrachtet oder darunter gezählt zu werden pflegt.

Digitized by Google

Während die Klägerin eine Reformation in der Richtung verlangt, daß ein Beweis-Verfahren nicht stattfinde, und daß ihr sofort die Entschädigung wegen des Kesselhauses zuerkannt werde, verlangen die Adhärenten definitive Zurückweisung dieses Theils der Klage. Unerheblich ist dabei, ob die Ober-Appellantin dem zweiten Richter eine unrichtige Beurtheilung der Streitfrage zum Vorwurf macht, — oder ob die Reformation auf Grund neuer Thatsachen oder Beweise beantragt wird. Für die Zulässigkeit der Adhäsion genügt, daß in dem nämlichen Streitpunkt beide Parteien eine Abänderung des zweiten Erkenntnisses verlangen. Dagegen stellt sich die Adhäsions-Beschwerde gleichfalls als unbegründet dar. Das Lagerhaus und das Kesselhaus sind nach Ort und Zeit ganz getrennte Bauten.

Die Wahrnehmungen, welche die Klägerin nach ihrem Geständniß bezüglich des Ersten gemacht und welche die Abweisung der Klage in dem ersten Theile begründet haben, sind bei dem nach Abschluß des Kaufvertrags angefangenen Bau des Kesselhauses nicht erwiesen worden. Genügende Umstände liegen nicht vor, um anzunehmen, daß die Klägerin vor dem Ankaufe gewußt habe, es bestehe für die ganze Grenzlinie eine vertragsmäßige Beschränkung des gesetzlichen Bauwichs, vielmehr kann solche auch für einzelne Theile und für bestimmte Bauten verabredet werden.

Eben so wenig läßt sich bei dem Kesselhaus einwenden, daß die Klage ohne Gegenstand und nicht gehörig substantiirt sei. Bei Klagen auf Leistung einer Entschädigung braucht nicht eine feste Summe angegeben, sondern nur die Rechtsverletzung artikulirt zu werden; die Ermittelung des Quantums kann der Kläger dem Beweisverfahren überlassen. Die Zurückweisung der Klage in ihrem ersten Theile hat endlich nicht den Wegfall des zweiten Theiles zur Folge, da beide nach dem behaupteten Sachverhältnisse selbstständig neben einander stehen.

40.

Wittwe Anna Herrmann, geb. Enders, Auslieferung des Vermögens ihres Sohnes Martin Baumann und Aufhebung der Curatel betreffend.

Digitized by Google

Verordnung vom 12. December 1866, §. 9 und 57: Desert-Erklärung einer Oberappellation wegen versäumter Nothfrist; Schriften, welche nicht von einem Anwalt mitunterzeichnet, zurückgewiesen.

Erkenntniß des Obertribunals vom 7. Januar 1868.

In Erwägung, daß der Bescheid des Königlichen Appellationsgerichts vom 23. October 1867 dem Anwalte der Oberappellantin am 31. nämlichen Monats insinuirt worden ist, die Einwendung der Oberappellation dagegen, mithin gemäß §. 57 der Verordnung vom 12. December 1866 binnen der gesetzlichen Nothfrist von 10 Tagen bei dem Appellationsgerichte in Frankfurt geschehen mußte, aber nicht geschehen ist, daß die sogenannten Berufungsschriften der Wittwe Herrmann vom 12. und 29. November 1867 demgemäß, sowie nach §. 9 der citirten Verordnung, keine Berücksichtigung finden können, und insbesondere auch die darin enthaltene Vorgabe, als habe ihr Offizial-Anwalt bei dem Appellationsgerichte „die Anfertigung dieser Berufung verweigert", zumal der protokollarischen Erklärung des letzteren vom 13. December 1867 und der gleichzeitigen amtlichen Aeußerung des Gerichtssecretairs gegenüber, unerheblich erscheint, beschlossen:

daß die Ober-Appellation gegen den Bescheid des Königlichen Appellationsgerichts zu Frankfurt a. M. vom 23. October 1867 hiermit für desert zu erklären und der Wittwe Herrmann die Kosten zur Last zu bringen.

41.

U. S. wider Bierbrauermeister Louis Leodegarius Schmidt von hier, wegen unbefugten Wirthschaftsbetriebs, 1866 und 1867.

Zu §. 1 sub 2, §. 10 sub 2 und 26 des Gesetzes vom 12. Januar 1864 über die Berechtigung zum Gewerbebetrieb.

1) Das Recht der unter der Herrschaft der Zunftgesetzgebung Meister gewordenen Bierbrauer, eine Bier- und Aepfelweinwirthschaft dahier zu betreiben, ist auf ein Local beschränkt. Zur Eröffnung eines weiterm Wirthschaftslocals bedürfen sie daher der Einholung einer besonderen obrigkeitlichen Concession.

2) Dieselbe ist auch zur Eröffnung eines Wirthschaftslocales in den hiesigen Stadtgemarkungen erforderlich.

I. Der Beschuldigte hatte im Jahr 1862 das Bierbrauermeisterrecht dahier erworben und in dieser Eigenschaft seit mehreren Jahren

Digitized by Google

in dem Hause, Kirchgasse 2, eine Bier- und Aepfelweinwirthschaft betrieben, jedoch seit September 1866 angefangen, außer dieser Wirthschaft auch noch auf seinem in der Stadtgemarkung im s. g. Affenstein gelegenen Felsenkeller mit Bier, Wein, Aepfelwein und kalten Speisen zu wirthschaften, ohne zuvor für diese Localität eine besondere obrigkeitliche Concession eingeholt und erwirkt zu haben. Beschuldigter wurde deßhalb auf Antrag der Staatsbehörde, unter der Anschuldigung unbefugten Wirthschaftsbetriebs, vor das Rügegericht geladen. In der Verhandlung berief sich derselbe auf §. 1 sub 2 und §. 26 des Gewerbegesetzes und suchte hieraus nachzuweisen, daß er als persönlich concessionirter Schenkwirth auch bezüglich der Localität im Affenstein als concessionirt zu betrachten sei, daher keiner weiteren Concession bedürfe und überdies berechtigt sei, gleichzeitig zwei und mehrere Schenkwirthschaften zu betreiben.

Das Rügegericht ging in seinem Urtheil vom 20. October 1866 von der Ansicht aus, daß §. 10 sub 2 des Gewerbegesetzes so zu verstehen sei, daß seit 1. Mai 1864 für jede einzelne Wirthschaft eine besondere Concession zu erwirken sei, daß, was ferner die Wirthschaften in der Stadtgemarkung betreffe, dieselben gemäß der Verordnung vom 12. Januar 1808 auch vor dem 1. Mai 1864 einer besonderen Concession bedurft hätten, endlich Beschuldigter aus §. 26 l. c. das prätendirte Recht nicht herleiten könne, da er dasselbe nicht ausgeübt habe. Demgemäß verurtheilte das Rügegericht den Beschuldigten auf Grund der Art. 6 und 20 des Ausführungsgesetzes vom 12. Januar 1864 in eine Geldbuße von fl. 10 und in die Kosten und untersagte ihm zugleich den unberechtigten Fortbetrieb der Wirthschaft im Affenstein.

Auf eingelegte Berufung Seitens des Beschuldigten hob das Zuchtpolizeigericht am 27. November 1866 das rügegerichtliche Urtheil auf und sprach den Beschuldigten frei, indem es in seinem Erkenntniß von der Erwägung ausging, daß nach §. 10 des Gewerbegesetzes die obrigkeitliche Concession zu Schenkwirthschaften keineswegs stets nur unter Anweisung auf ein bestimmtes Local ertheilt werden dürfe, vielmehr auch als reine Personal-Berechtigung ertheilt werden könne, daß Beschuldigter als zünftiger Bierbrauermeister das persönliche Recht

Digitized by Google

zum Ausschenken von Bier besitze und dieses Recht auch wirklich zur Zeit der Einführung des Gewerbegesetzes ausgeübt habe, daher nach dieser Einführung bezw. nach Wegfall der Stadtthore und Ausdehnung der Accislinie auf die Stadtgemarkung befugt erscheinen müsse, sein Wirthschaftslocal in die Gemarkung zu verlegen oder ein zweites Wirthschaftslocal zu gründen, ohne hierfür eine besondere Genehmigung nachsuchen zu müssen.

Auf die gegen dieses Erkenntniß Seitens der Staatsanwaltschaft eingelegte und ausgeführte Nichtigkeitsbeschwerde hob der Cassationshof (Rechtsfacultät Leipzig) durch Urtheil vom 25. Februar, publ. 3 April 1867 das zuchtpolizeigerichtliche Urtheil wieder auf und erkannte als Revisionshof, daß es der eingewandten Berufung ungeachtet bei dem angefochtenen rügegerichtlichen Urtheil lediglich zu belassen sei.

Gründe.

Der Cassationshof hatte zuvörderst als zweifellos anzuerkennen, daß Schmidt durch das Gesetz vom 12. Jan. 1864 jedenfalls nicht in eine ungünstigere Lage versetzt werden konnte, als diejenige war, in der er sich bis dahin befunden hatte. §. 26 will ihn, vermöge der den Bierbrauermeistern zustehenden Berechtigung, ganz unzweideutig so betrachtet wissen, als wäre er zum entsprechenden Wirthschaftsbetrieb mit der erforderlichen Concession bereits versehen. Diese fictio legis geht dahin, daß angenommen werden soll, dem persönlich Berechtigten sei eine Concession im Sinne des §. 10 und zwar entsprechend dem Umfang seiner persönlichen Berechtigung ertheilt worden; denn nur insoweit, aber auch in dieser ganzen Ausdehnung würde eine besondere Concessionirung erfordert werden, wenn diese Uebergangsbestimmung fehlte. Die fingirte Concession ist also ihrem materiellen Inhalt nach mit der persönlichen Berechtigung, an deren Stelle sie tritt, identisch. Insbesondere haftet auch nach §. 26 dieser fingirten Concession die Beschränkung auf ein einziges Local an; denn nur für Ein Local galt die ursprüngliche Berechtigung der Bierbrauermeister; nur mit dieser Beschränkung auf Ein Local wäre nach der neuen Gesetzgebung eine Concession an und für sich erforderlich gewesen. Schmidt ist also durch §. 26 cit. in die Lage eines unter Beschränkung

Digitized by Google

auf Ein Local Concessionirten gekommen; nur dadurch befand er sich in einer etwas günstigeren Situation als regelmäßig andere Concessionäre, daß sein Recht nicht an ein concret bestimmtes Local gebunden war. So wenig nun aber ein für ein einziges Local ausdrücklich und wirklich Concessionirter berechtigt ist, ein zweites Local eigenmächtig zu eröffnen, so wenig ist dies einem fingirter Weise mit gleicher Beschränkung Concessionirten gestattet. Hieran wird auch durch §. 1 N° 2. cit. nichts geändert; aufgehoben ist durch diese Bestimmung zwar für Bierbrauer das Verbot, neben der Bierwirthschaft und Brauerei auch noch ein anderes Gewerbe zu betreiben, aber wie kein nach §. 10 zu einer einzigen Wirthschaft ausdrücklich Concessionirter auf §. 1 N° 2 sich berufen kann, um seine Berechtigung zu gleichzeitiger Unterhaltung mehrerer Wirthschaften zu begründen, ebensowenig kann auf Grund dieser Bestimmung eine solche erweiterte Berechtigung von Demjenigen beansprucht werden, der im Besitz einer gleichmäßig beschränkten fingirten Concession ist. Mit anderen Worten: die im §. 1 N° 2 ertheilte Vorschrift ist auf die Regelung derjenigen Gewerbe überhaupt nicht anwendbar, welche nur nach erlangter Concession betrieben werden können. Für diese letzteren bildet die Concession eine lex specialis, deren Inhalt selbstverständlich der allgemeinen Bestimmung, der lex generalis, d. h. dem §. 1. 2, vorgeht. Ist eine derartige Concession ohne Beschränkung ertheilt, so wird der Concessionär allerdings mehr als Ein Wirthschafts-Local eröffnen dürfen, allein nicht vermöge des §. 1 N° 2, sondern lediglich vermöge der Allgemeinheit seiner Concession steht ihm diese weitere Befugniß zu. Ist dagegen die Concession auf ein einziges Local beschränkt, so ist dieser Beschränkung gegenüber jene allgemeine Vorschrift des Gesetzes vollkommen irrelevant und wirkungslos. Einzig und allein der concrete Inhalt der Concession entscheidet. Es liegt am Tag, daß eine fingirte Concession nach denselben Grundsätzen zu behandeln ist, wie eine wirklich und ausdrücklich ertheilte; auch hier ist lediglich der concrete Inhalt maßgebend, die constitutio personalis wird nur in dem einen Fall ausdrücklich erlassen, in dem andern fingirt. Das hier in hypothesi maßgebende Rechtsverhältniß stellt sich demnach so dar: Schmidt hat durch §. 26 nicht ein neues Recht

Digitized by Google

erhalten, sondern nur sein altes Recht in neuer Form beibehalten; der Umfang dieses Rechtes ist nicht nach der allgemeinen Bestimmung in §. 1 N° 2, sondern lediglich nach seinem concreten Bestand zu bestimmen, er hat insbesondere bezüglich des gleichzeitigen Ausschenkens in mehreren Localen eine Erweiterung durch das Gewerbegesetz nicht erfahren, hieraus ergibt sich ohne Weiteres, daß das angefochtene zuchtpolizeiliche Erkenntniß mit Unrecht angenommen hat, Cassationsbeklagter sei befugt gewesen, neben den bis dahin auf Grund seiner Eigenschaft als Bierbrauermeister unterhaltenen Wirthschaft auch noch eine zweite dergleichen zu eröffnen. Es kann daher füglich dahin gestellt bleiben, welche Entscheidung hinsichtlich der übrigen Controverspunkte die richtige sei. Immerhin hat Schmidt dadurch, daß er neben der ursprünglich unterhaltenen noch eine zweite Wirthschaft eröffnete, die Grenzen der ihm ertheilten Befugniß überschritten und somit nach Art. 7 des Gesetzes vom 12. Januar 1864 die Ausführung des Gesetzes über die Berechtigung zum Gewerbebetrieb betreffend, sich straffällig gemacht. Daraus folgt, daß das freisprechende Erkenntniß des Zuchtpolizeigerichts das materielle Strafgesetz (Art. 7, cit. in Verbindung mit §. 10, 2 und 26 des Gesetzes vom 12. Januar 1864 über die Berechtigung zum Gewerbebetrieb) verletzt, beziehentlich falsch angewendet hat und demgemäß, wie von dem Cassationskläger beantragt, vernichtet werden mußte.

Allerdings hat das Erkenntniß des Rügegerichts, über das Wir nunmehr als Revisionshof auf Appellation Schmidt's zu entscheiden hatten, nicht den zutreffenden Art. 7, sondern den nicht einschlagenden Art. 6 des Ausführungsgesetzes zu Rechtfertigung der erkannten Strafe angezogen, dessen Strafminimum und Strafmaximum das Doppelte von dem des Art. 7 ist. Allein auch auf Grund des Art. 7 schien die ausgesprochene Strafe von fl. 10 völlig gerechtfertigt, wenn man sich vergegenwärtigt, daß für Umfang und Dauer der in minimo mit fl. 5 Geldstrafe bedrohten Ueberschreitung viel geringere Maße sich denken lassen, als die im concreten Fall gegebenen. Es war daher die ausgesprochene Strafe nebst dem durch Art. 20 des Uebergangsgesetzes vorgeschriebenen Verbot lediglich zu bestätigen.

II. Im Mai 1867 gab Beschuldigter seine in der Kirchgasse

betriebene Wirthschaft auf und eröffnete dagegen wieder eine Bierwirthschaft auf dem mehrerwähnten Felsenkeller, ohne zuvor eine besondere Concession hierfür erwirkt zu haben. Dieserhalb wieder vor dem Rügegericht belangt, wurde er durch Urtheil vom 8. Juli 1867 wegen unbefugten Wirthschaftsbetriebs, bezw. Ueberschreitung der ihm ertheilten gewerblichen Befugniß, auf Grund der Art. 7 und 20 des Ausführungsgesetzes vom 12. Januar 1864 in eine Geldbuße von fl. 25, sowie in die Kosten verfällt, zugleich aber das richterliche Verbot gegen den unbefugten Fortbetrieb der fraglichen Wirthschaft erneuert. Der Beschuldigte legte Berufung ein, worauf das Zuchtpolizeigericht durch Erkenntniß vom 20. August 1867 das rügegerichtliche Urtheil aufhob und den Beschuldigten abermals freisprach.

Auf die Seitens der Staatsanwaltschaft hiergegen eingewandte Nichtigkeitsklage erkannte das Obertribunal in seinem Urtheil vom 5. December 1867, daß das zuchtpolizeigerichtliche Urtheil zu vernichten und dagegen das rügegerichtliche lediglich zu bestätigen sei, und zwar

in Erwägung, daß nach §. 26 des Gewerbegesetzes die damaligen Inhaber von Personal-Concessionen und Berechtigungen zum Betriebe eines der in §. 10 benannten Gewerbe (einschließlich der Bierwirthschaften nach N° 2), welche solches wirklich ausübten, als mit der erforderlichen Concession bereits versehen betrachtet werden sollen;

daß in dieser Bestimmung ein anderer Sinn nicht gefunden werden kann, als daß der damals vermöge einer Berechtigung ausgeübte Gewerbebetrieb fortdauern dürfe, ohne daß der Inhaber die dazu nach §. 10 erforderliche Concession zu erwirken habe, daß also nur die Aufrechthaltung des rechtmäßigen Besitzstandes keine Veränderung oder Erweiterung desselben bezweckt ist, was die Worte: „welche solches wirklich ausüben", noch besonders hervorheben;

daß hiernach, wenn auch die Ausübung der Bierwirthschaft in der Kirchgasse N° 2 als eine wirkliche Ausübung derselben nach Maßgabe der Berechtigung des Beschuldigten vor dem 1. Mai 1864, dem Tage der Gesetzeskraft der Gewerbe-Ordnung v. 12. Januar nämlichen Jahres, d. h. innerhalb der Stadtthore, betrachtet werden könnte, der citirte §. 26 doch keinesfalls die Berechtigung des Be-

Digitized by Google

schuldigten zum Wirthschaftsbetriebe in der Gemarkung ohne Concession herbeigeführt haben würde;

daß eine solche Anwendung des §. 26 sich auch nicht mit der angeblichen Aufhebung der Beschränkungen der berechtigten oder concessionirten Wirthschaften auf den Betrieb innerhalb der alten Stadt in den §§. 1 und 2 sich rechtfertigen läßt, weil diese Paragraphen einestheils nicht einmal ein Verbot für die Zukunft enthalten, Concessionen zu Wirthschaften auf gewisse Locale oder Straßen zu beschränken, anderentheils die §§. 24 — 29 der Sitz der Specialbestimmungen hinsichtlich der in der Vergangenheit liegenden Berechtigungen und Erlaubnißertheilungen sind;

in Erwägung, daß der vorige Richter selbst mit Recht anführt, die in §. 10 des Gewerbegesetzes bezeichneten Concessionen zu Schenkwirthschaften könnten unter Anweisung auf ein bestimmtes Local ertheilt werden;

daß dieses aber, abgesehen von der Frage, ob dieselben nicht auf ein bestimmtes Local angewiesen werden müsse, welche der erste Richter bejaht hat, zur Vernichtung des zweiten Erkenntnisses wegen unrichtiger Auslegung des §. 26 des Gewerbegesetzes vollkommen hinreicht, da die in dem Paragraphen fingirte Concession nach Obigem keinen anderen Inhalt hat, als eine neue ausdrückliche Concession zu demjenigen Wirthschaftsbetriebe haben würde, welche bis dahin auf Grund einer älteren Personal-Concession oder Berechtigung ausgeübt worden war;

daß mithin die Berechtigung des Nichtigkeitsverklagten, eine Bierwirthschaft innerhalb der Stadtthore zu betreiben, durch den Eintritt der Gesetzeskraft der §§. 10 und 26 a. a. O. sich nicht in eine Concession zur Bierwirthschaft in der Gemarkung verwandelte, welche er bis dahin weder thatsächlich betrieben hatte, noch rechtlich betreiben durfte, so daß von einem jus quaesitum darauf für ihn am 1. Mai 1864 keine Rede sein kann, vielmehr die Ausübung der letzteren als eine Zuwiderhandlung gegen die Bedingungen der ihm nach §. 26 zur Seite stehenden fingirten Concession erscheint, wie sie eine solche sein und nach §. 21 N° 2 den Verlust seiner ganzen Wirthschaftsberechtigung nach sich ziehen könnte, wenn er erst auf

Digitized by Google

Grund des §. 10 die ausdrückliche Concession, die Wirthschaft in Frankfurt mit Ausschluß der Gemarkung oder in einem anderen Locale, als im s. g. Affenstein zu betreiben, erlangt hätte;

daß übrigens die Befugniß der Gewerbebehörde, unter den Gründen des allgemeinen Interesses deren Berücksichtigung bei den Concessionsertheilungen der Schlußsatz des §. 10 gebietet, auch die aus der Localität zu entnehmenden Gründe zu erwägen und gewisse Localitäten von dem beabsichtigten Wirthschaftsbetriebe deßhalb auszuschließen, wie es durch die Senatsbeschlüsse vom 8. Nov. 1864 und 2. August 1867 mit dem Locale Gew. XII. N° 73 in Betracht der Nachbarschaft der Irrenanstalt geschehen ist, keinen gegründeten Bedenken unterliegt und keineswegs wie der Nichtigkeitsverklagte will, nur in Beziehung auf die Persönlichkeit des zu Concessionirenden gemeint sein kann, was schon aus dem Gegensatze in der citirten Schlußbestimmung, sowie aus Art. 4 des Ausführungsgesetzes erhellet;

daß endlich der Unterschied zwischen s. g. persönlichen, gemischten und Real-Concessionen nach den §§. 10 ffg. des Gewerbe-Gesetzes vom 12. Januar 1864, insbesondere nach den §§. 26 — 28 für die vorliegende Untersuchung unerheblich ist, da alle diese Concessionen im Gegensatze der gewerblichen Realgerechtigkeiten (§. 29 daselbst und Gesetz über den Fortbestand der gewerblichen Realgerechtigkeit vom nämlichen Tage, Gesetz-Sammlung 97) der Person ertheilt werden und die in den Concessionen zu erwähnenden Grundstücke nur auf die thatsächliche Beschaffenheit der ertheilten persönlichen Befugnisse Bezug haben, nicht aber ein Grundstück zum Träger der Gewerbe-Berechtigung machen.

42.

Hoffmann, Elisabetha, von Bornheim, wegen Kuppelei.

Verwerfung des Vertagungsantrags nach früherem Prozeß als Cassationsgrund geltend gemacht.

Die Angeklagte, in erster Instanz zu sechs Monaten Gefängniß, ein Jahr Interdiction und Polizei-Aufsicht verurtheilt, hatte in zweiter Instanz beantragt, die Sache zu vertagen, weil der Anwalt, dem sie Vollmacht ausgestellt, bescheinigter Maßen kurz vor der

Digitized by Google

Sitzung erkrankt und außer Stand gesetzt sei, sie zu vertreten; überdies beantragte sie Ladung weiterer Zeugen.

Die zweite Instanz verwarf den Antrag und die Berufung.

In der Cassationsinstanz wurde die Verwerfung des Vertagungsantrags als Verletzung wesentlicher Proceßformen (§. 327 N° 2 u. 3 des früheren Prozesses gerügt.

Das Königl. Obertribunal verwarf durch Urtheil vom 28. November 1867 die Beschwerde, a. f. G.

Die gerügte Zurückweisung des Vertagungsantrags zur Wahl eines Vertheidigers und Vorschlag von Entlastungszeugen, verstößt gegen keine Proceßvorschrift, weil die in Betracht kommenden Art. 270 bis 306 in correctionellen Sachen die Zuziehung eines Vertheidigers nicht gebieten, ein Eingehen auf den Vertagungsantrag übrigens in das Ermessen des Appellrichters gestellt war.

43.

Rauscher, Bernhard Philipp, von hier, wegen wissentlich falscher Anzeige.

Abschneidung des Wortes in der Sitzung, als Kassationsgrund geltend gemacht.

Der Angeschuldigte war in erster Instanz zu sechs Monaten Gefängniß und fünf Jahr Interdiction verurtheilt worden. Vor dem Appellations-Gericht brach er in der Sitzung in Schmähungen gegen verschiedene Beamte aus, so daß ihm das Wort entzogen und schließlich die Berufung verworfen wurde.

Der Angeschuldigte, welcher inzwischen schon einmal im Irrenhaus detinirt, später aber für zurechnungsfähig erklärt worden, legte Nichtigkeit ein und erklärte dabei, statt aller weiterer Rechtfertigung zu Protokoll:

„Er habe drei Zeugen, einen in Athen, einen in Jeddo und „einen in Delhi; er würde dies bei dem Appellationsgericht „vorgebracht haben, wenn ihm nicht das Wort abgeschnitten „worden wäre."

Das Königl. Obertribunal durch Urtheil vom 28. November 1867 wies die Beschwerde pure zurück, lediglich mit dem Bemerken, daß der Angeschuldigte, wenn ihm von dem Vorsitzenden in Aus-

Digitized by Google

übung seiner Befugnisse das Wort entzogen worden sei, sich den etwaigen Nachtheil selbst zuzuschreiben habe.

44.

Privatklage der Ehefrau Detrez gegen Cahn, Salomon Feist, von hier, wegen fortgesetzter Verleumdung und Ehrenkränkung.

Bei fortgesetzter Ehrenkränkung läuft die Verjährung erst von der letzten Thathandlung an, ist also nicht für jede einzelne Handlung besonders zu berechnen. War vor Einführung des Preuß. Str.-G.-B. die Verjährung nach früherem Recht gültig unterbrochen, so kann dieses durch Art. IV. des Einführungsgesetzes nicht ungeschehen gemacht und der Klägerin das erworbene Recht nicht entzogen werden.

Die Klage auf fortgesetzte, hauptsächlich im Sommer 1866 verübte Verleumdung und Ehrenkränkung war am 24. December 1866 eingereicht. In erster Instanz erfolgte, unter Freisprechung von der Verleumdung, Verurtheilung wegen fortgesetzter Ehrenkränkung zu fl. 150 Geldbuße.

In zweiter Instanz machte Beklagter geltend, die im Sommer 1866 verübten Injurien seien mit Rücksicht auf Art. IV. des Einführungsgesetzes, Preuß. Str.-G.-B. und §. 50 des letzteren verjährt. Der Appellhof verneinte dies, da Klägerin schon vor Einführung des neuen Rechts, auf Grund des Art. 125, 5 des Hess. Str.-G.-B., die Verjährung wirksam unterbrochen habe. Eventuell sei die Klage auch nach preuß. Gesetz statthaft, da nicht bewiesen sei, daß Klägerin seit mehr als drei Monaten von den Verleumdungen Kenntniß gehabt habe.

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten wurde von dem Königl. Obertribunal unterm 9. Januar 1868 zurückgewiesen, a. f. G.:

1) Die Vorderrichter haben die einzelnen Aeußerungen des Beklagten nicht allein für erwiesen erachtet, sondern auch thatsächlich festgestellt, daß Beklagter fortgesetzt in beleidigender Absicht die Klägerin der Abtreibung mehrerer Kinder beschuldigt, sich mithin einer fortgesetzten Ehrenkränkung schuldig gemacht habe;

2) diese Schlußfolgerung aus dem ganzen Ergebniß der Beweisführung ist als eine thatsächliche unanfechtbar. Es ist daher nicht gestattet, die einzelnen, als deren Unterlagen hervorgehobenen Aeuße-

Digitized by Google

rungen für eben so viele selbstständige in sich vollendete Thathandlungen anzusehen und die Verjährungszeit von einer jeden derselben besonders zu berechnen. Vielmehr fing die Verjährung während des bis zur Klaganstellung fortgesetzten Verhaltens des Beklagten, seines inneren Zusammenhangs wegen, überhaupt nicht zu laufen an;

3) abgesehen davon, war jedenfalls am 24. December 1866 unstreitig keine andere, als die einjährige Verjährung des Art. 125.5 des hess. Str.-G.-B. im Laufe und ist diese durch die Klaganstellung so gewiß unterbrochen, als am 1. Januar 1867 die daselbst vorgesehene 5jährige Verjährung im Laufe und für deren Vollendung der Art. IV. des Einführungsgesetzes maßgebend war;

4) dagegen konnte Art. IV. cit. keineswegs die am 24. December erfolgte Unterbrechung der ursprünglichen Verjährungszeit ungeschehen machen, der Klägerin das dadurch erworbene Recht nicht entziehen und eben so wenig bewirken, daß die Klage schon vor dem 1. Januar binnen der in §. 50 des Str.-G.-B. bestimmten Frist hätte angestellt werden müssen.

45.

Müller, Salomon, von Bockenheim, wegen Betrugs.

(Nach dem neu eingeführten Strafprozeß verhandelt.)

Verhältniß des Vorbeschlusses in der Berufungsinstanz zum Endurtheile. Präjudicielle Bedeutung des Vorbeschlusses. Mittheilung des beweisablehnenden Vorbeschlusses.

Der Angeschuldigte war in erster Instanz am 21. September 1867 wegen Betrugs zu vier Monaten Gefängniß, vierhundert Gulden Geldbuße und einem Jahr Interdiction verurtheilt worden.

In der Rechtfertigungsschrift zur Appellation beantragte die Vertheidigung, wegen der Schwere der Beschuldigung und vielfältiger Bedenken gegen die Feststellungen des ersten Richters, nicht allein weitere Beweisaufnahme, sondern auch die Reproduction des Beweisverfahrens.

Die Berufungskammer beauftragte zunächst den Untersuchungsrichter mit der Vernehmung einiger in der Rechtfertigungsschrift benannter neuer Zeugen, wonächst in geheimer Sitzung vom 6. No-

Digitized by Google

vember 1867 die Anträge der Vertheidigung als irrelevant, unter ausführlicher Motivirung bezüglich der einzelnen Zeugen, abgelehnt wurden.

Es heißt in diesem Beschluß u. a.:

„In Erwägung, daß sich gegen die Feststellung der Thatsachen, welche die Strafkammer in den Abschnitten . . . . ihres Erkenntnisses als erwiesen angenommen, Bedenken nicht ergeben."

In der öffentlichen Sitzung wiederholte der Vertheidiger den Antrag auf Wiederaufnahme des Beweisverfahrens. Die Berufungskammer stellte in ihrem Urtheil voran, daß das Gesuch um Wiederaufnahme des Beweisverfahrens und Ladung weiterer Zeugen durch den Beschluß vom 6. November mit Recht zurückgewiesen worden sei und verwarf ebenso die Berufung in der Sache selbst.

In der Nichtigkeitsbeschwerde wurde die Verletzung wesentlicher Prozeßformen behauptet, indem

1) die Berufungskammer in dem Beschluß vom 6. November der Entscheidung in der Hauptsache vorgegriffen, und durch den Ausspruch, es ergäben sich gegen die Feststellung der Thatsachen keine Bedenken, den factischen Thatbestand als erwiesen angenommen habe. Damit habe sie dem Berufungsgericht selbst die Möglichkeit abgeschnitten, über die Relevanz der diesseitigen Beweismittel zu entscheiden. Es sei dies ein entschiedener Verstoß gegen §. 377 der Straf-Prozeß-Ordnung. Ebenso verstoße

2) das Endurtheil selbst gegen §. 387, da nicht ersichtlich sei, ob das Gericht die angeführten neuen Thatsachen in Betracht gezogen, dies vielmehr nur in dem vorausgegangenen Beschlusse geschehen sei.

Das Königl. Obertribunal, durch Urtheil vom 20. Februar 1868, wies die Beschwerde zurück, im Wesentlichen a. f. G.:

1) An sich ist nach §. 404 der Straf-Prozeß-Ordnung gegen Beschlüsse, wodurch die Herbeischaffung von Beweismitteln als nicht erforderlich zurückgewiesen wird, zwar ein Rechtsmittel nicht statthaft; wie aber der Schlußsatz des cit. §. zeigt, ist keineswegs die Befugniß ausgeschlossen, in dem Rechtsmittel gegen das Endurtheil zugleich die Beschwerde gegen solche Verfügungen geltend zu machen.

2) Die Angriffe selbst aber sind hinfällig. Der Berufungs-

Digitized by Google

richter mußte aus dem ganzen Inhalt der ihm vorgelegten schriftlichen Verhandlungen seinen Entschluß, ob zur Wiederaufnahme des Beweisverfahrens zu greifen sei, schöpfen, konnte also auch unbedenklich Gründe dafür oder dagegen geltend machen, die im ersten Urtheil nicht hervorgehoben waren;

3) auch in der präjudiciellen Bedeutung des Beschlusses vom 6. November läßt sich eine Verletzung wesentlicher Prozeßvorschriften nicht finden, da ein Beschluß über Erheblichkeit der Beweisaufnahme, welcher nach §§. 377 bis 380 in berathender Sitzung zu fassen ist, nothwendig über den Einfluß der Beweisanträge in der Appellationsschrift auf die erstrichterliche Feststellung, nach der dermaligen Sachlage, sich auszusprechen hat, hierdurch aber ist das Berufungsgericht weder gebunden, noch der Pflicht enthoben, nach der mündlichen Verhandlung die frühere Sachlage, in Verbindung mit der Hauptverhandlung noch einmal in Betracht zu ziehen.

4) Durch die Ausführlichkeit der Motive eines Vorbeschlusses kann die Vertheidigung nicht beschränkt oder beschwert sein, da ihr Kenntniß der Motive der vorläufigen Beweisablehnung vielmehr Gelegenheit zu besserer Begründung geben wird. Das Gesetz schreibt zwar nicht vor, daß dem Angeklagten von einem die Beweiserhebung ablehnenden Vorbeschluß Kenntniß gegeben werde, die Bekanntmachung ist aber keineswegs verboten; ebensowenig ist die Motivirung des Beschlusses untersagt;

5) das Endurtheil beschränkt sich nicht auf eine bloß historische Anführung des Vorbeschlusses, sondern erkennt von Neuem, daß der Antrag auf erneute Beweisaufnahme aus den im Beschluß entwickelten Gründen mit Recht zurückgewiesen worden sei; dies ist nur dahin zu verstehen, daß diese Gründe auch die Zurückweisung des in der Schlußverhandlung wiederholten Antrags rechtfertigen, die Ausführungen der Vertheidigung in Betracht gezogen und nicht für durchgreifend erachtet worden seien. Eine wörtliche Wiederholung der Gründe war, da sie sich in den Händen des Angeschuldigten befanden, nicht nothwendig, wenn gleich als Regel der Zweckmäßigkeit eine selbstständige erschöpfende Motivirung des Endurtheils unter allen Umständen zu empfehlen ist.

Digitized by Google

46.

Privatklage des Jean Hermann von hier, gegen Fanny Hirsch von Neckarbischofsheim, wegen Verleumdung.

Zur Wiederaufnahme des Beweisverfahrens ist das Berufungsgericht ex officio, ohne Antrag der Parteien, berechtigt.

Der §. 154 des Strafgesetzbuchs findet nicht nur auf einfache Ehrenkränkungen Anwendung, sondern auch auf solche, welche den Character der Verleumdung an sich tragen.

Die Frage, ob aus der Form und den Umständen, unter denen die incriminirte Aeußerung vorgebracht worden, die beleidigende Absicht von selbst folge, unterliegt lediglich der thatsächlichen Entscheidung des Instanzrichters.

Der Kläger Hermann beantragte Bestrafung der Beschuldigten Hirsch auf Grund des §. 156 des Str.-G.-B., weil Letztere ihm vor der Stadtgerichtscommission bei Gelegenheit seiner Vernehmung als Zeuge in Sachen Giese c. Hirsch vorgeworfen, er habe gelogen und einen Meineid geschworen. Das Rügegericht verurtheilte die Beschuldigte am 16. October 1867 auf Grund ihres Geständnisses wegen Verleumdung, indem es den versuchten Wahrheitsbeweis als nicht erbracht erkannte. Die Beschuldigte, welche Berufung angezeigt hatte, führte in der Rechtfertigungsschrift u. A. an, sie habe diese Aeußerung „lediglich in der Vertheidigung ihres Rechtes" gethan. Die Strafkammer, nachdem sie ex officio das Beweisverfahren wieder aufgenommen hatte, sprach durch Urtheil vom 5. December 1867 die Beschuldigte auf Grund des §. 156 des Str.-G.-B. „wegen der am 13. September 1867 bei der Commission des Stadtgerichts bezüglich einer Zeugenaussage des Klägers Hermann in Wahrung ihrer Gerechtsamen vorgebrachte Aeußerung frei." Auf die von Seite des Klägers erhobene Nichtigkeitsklage erkannte das Obertribunal durch Urtheil vom 20. Februar 1868 auf Zurückweisung der Nichtigkeitsklage unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten.

Gründe:

In Erwägung, daß die gegen das Reselut vom 14. November pr. erhobene Beschwerde, als sei unter Verletzung des §. 377 der Straf-Prozeß-Ordnung das Beweisverfahren vom vorigen Richter ex officio und ohne die erforderliche Aufstellung neuer Thatsachen und Beweise Seitens der Appellantin wieder aufgenommen worden, un-

Digitized by Google

begründet erscheint, theils weil nach Maßgabe des bezogenen §. der vorige Richter schon dann zur Wiederaufnahme des Beweisverfahrens befugt war, wenn er — was seiner ausschließlichen Beurtheilung anheim gegeben ist, — wesentliche Bedenken bei der erstrichterlichen Feststellung fand, theils weil die Appellantin in II. Instanz die neue Thatsache behauptet hatte, daß sie die incriminirte Aeußerung nur zur Vertheidigung ihrer Rechte vor Gericht gemacht habe, welchen Einwand der erkennende Richter prüfen mußte, und welcher, wenn er thatsächlich begründet gefunden wurde, die Freisprechung der Appellantin zur Folge haben mußte, falls nicht aus der Form oder aus den sonstigen Umständen, unter denen die Aeußerung gefallen war, die beleidigende Absicht der Appellantin festzustellen war;

daß der vorige Richter aber in Folge der, befugter Weise veranlaßten, Wiederaufnahme des Beweisverfahrens Herr der Thatfrage wurde und dieselbe daher nach dem Ergebniß des neuen Beweises seiner richterlichen Ueberzeugung gemäß anders als der I. Richter, und mit Modificationen feststellen konnte;

daß derselbe übrigens die factische Feststellung des I. Richters, was den objectiven Character der That anlangt, beibehalten und nur eine neue Feststellung hinsichtlich der subjectiven Strafbarkeit, soweit dies in Gemäßheit des §. 154 des Straf-Gesetz-Buches in Folge des vorgeschützten neuen Einwandes erforderlich war, hat eintreten lassen, daß sodann die behauptete Verletzung der §. 154 und 156 des Strafgesetz-Buches ebensowenig hier vorliegt, indem die Vorschrift des §. 154 nicht nur auf einfache, sondern auch auf solche Ehrverletzungen Anwendung findet, welche an sich und abgesehen von der Veranlassung, in Folge deren sie vorgebracht worden sind, den Character einer Verleumdung an sich tragen würden, so daß eine beleidigende, selbst den Character der Verleumdung objectiv an sich tragende Aeußerung nur dann strafbar ist, wenn aus der Form derselben oder aus den Umständen, unter denen sie erfolgt ist, die Absicht zu beleidigen hervorgeht;

daß nun der vorige Richter festgestellt hat, daß die Beschuldigte die ihr zur Last gelegte Aeußerung nur gethan, um die ihr nachtheilige Zeugenaussage des Klägers abzuschwächen und deren objective

Digitized by Google

Unwahrheit hervorzuheben, also daß sie jene Äußerung nur zur Wahrung ihrer Gerechtsame gethan, und daß sie die Absicht zu beleidigen nicht gehabt habe;

daß durch diese Feststellungen die Freisprechung der Beschuldigten in Gemäßheit des §. 154 vollständig gerechtfertigt war, und daß es dabei weder darauf ankommen konnte, ob Beschuldigte berechtigt war, ihren Einwand gegen die Richtigkeit der Zeugenaussage des Klägers im Laufe des Zeugenverhörs selbst vorzubringen, noch darauf ob ihre Aeußerung das geeignete, zweckdienliche Mittel zur Wahrung ihrer Rechte gewesen ist, oder nicht;

daß endlich die Behauptung der Nichtigkeitsbeschwerde, daß aus der Form und aus den Umständen, unter denen die incriminirte Aeußerung vorgebracht worden, die beleidigende Absicht der Beschuldigten von selbst folge, und daß die Zeit und der Ort, wo die Aeußerung gefallen, die Absicht der Beschuldigten, ihre Gerechtsame zu wahren, ausschließe, — als bloßer factischer Angriff gegen die thatsächliche Feststellung des vorigen Richters zu betrachten ist und daher als nach §. 389 der Strafprozeßordnung ungeeignet, eine Nichtigkeitsbeschwerde zu rechtfertigen, keine Berücksichtigung finden kann;

daß hiernach die Nichtigkeitsbeschwerde als nicht gerechtfertigt, wie geschehen, zurückzuweisen war.

47.

In Anklagesachen gegen Marcus Jacob Moses, genannt Altpreußer aus Filehne, wegen öffentlicher Ruhestörung.

Unzulässigkeit der Nichtigkeitsklage des Beschuldigten bei Uebertretungen.

Das Rügegericht erkannte gegen den Beschuldigten Moses am 30. Januar 1868 wegen öffentlicher Ruhestörung (§. 340 sub 9 des Straf-Gesetz-Buches) auf Gefängnißstrafe von einem Tage.

Die Berufung des Beschuldigten wurde nach §. 381 der Straf-Prozeß-Ordnung durch Beschluß der Strafkammer vom 25. Februar 1868 zurückgewiesen.

Die hiergegen von dem Beschuldigten erhobene Nichtigkeitsklage wurde durch Beschluß des Obertribunals vom 26. März 1868 als unzulässig gleichfalls zurückgewiesen.

Digitized by Google

Gründe:

In Erwägung,

daß die in der Berufungsinstanz ergangenen Urtheile und Beschlüsse, welche Uebertretungen betreffen, nach §. 391 der Straf-Prozeß-Ordnung in Verbindung mit dem Schlußsatze des §. 364 und mit 406 daselbst mit keinem Rechtsmittel von Seite des Beschuldigten angegriffen werden können.

B. Justizämter.

27.

Das in der Frankfurter Zeitung Nr. 165 vom 16. Juni 1868 besprochene Erkenntniß des Stadt-Amts II. vom 3. Februar 1868 in Sachen Andersohn & Schuhmann c. Verwaltung der Frankfurt-Hanauer-Eisenbahn lautet, vollständig (vergleiche Rundschau II. Seite 6 N° 25.

Die Eisenbahn bestreitet zwar ihre Verpflichtung zum Schadenersatz, da sie aber trotzdem zum Ersatz nach Maßgabe des §. 23 ihres Reglements, nach dessen Bestimmungen Klägerin selbst nur den Ersatz beansprucht und nach Lage der Sache beansprnchen kann, bereit ist und Klägerin sich mit der hiernach berechneten Schadenssumme von fl. 180 nicht zufrieden geben will, so ist lediglich zu entscheiden, ob der §. cit. der Klägerin ein Recht zu den erhobenen weitergehenden Ansprüchen verleiht.

Fraglicher §. bestimmt nun, daß der gesetzlicher Bestimmung nach zu ersetzende gemeine Handelswerth des Guts im Falle unterbliebener höherer Declaration nicht höher, als fl. 35 angenommen werden solle.

Dieser Maximalsatz gilt also nur dann als vereinbart, wenn das Gut höheren Werth hat; bei geringerem Werth bleibt es bei dem Ersatz des gemeinen Handelswerths.

War nun der Werth der Emballage ein geringerer, so wird selbstverständlich auch nur dieser bezahlt, und da nicht streitig ist, daß

Digitized by Google

die Fässer nur fl. 8 per St. werth sind, indem ein höherer Werth nicht behauptet zu werden vermochte, so ist das Anerbieten der Beklagten, fl. 16 dafür zu zahlen, nichts anderes und nicht weniger, als was zu zahlen sie verpflichtet ist. Daß bei Berechnung der Fracht das Gesammtgewicht der Waare und Emballage in abgerundetem Betrage zu Grunde gelegt wird, kann auf die Ausrechnung der Ersatzsumme, als damit nicht im geringsten Zusammenhange stehend, nicht influiren. Unter diesen Umständen ist die erhobene Klage mit nichts zu rechtfertigen, da die Beklagte für das Nettogewicht des Guts selbst fl. 35 per Ctr. und für jedes Faß fl. 8 angeboten hat und mehr nicht schuldig ist.

Demnach wird erkannt:

Klägerin wird unter Verweisung auf das Anerbieten der Beklagten fl. 184 ihr zu bezahlen, mit der erhobenen Klage ab- und zur Ruhe gewiesen, auch schuldig erkannt, der Beklagten die amtlich festzustellenden Prozeßkosten zu ersetzen.

C. Rügegericht.

38.

Zu §. 340 sub 8 des Strafgesetzbuchs und pos. 1 der Verordnung über die Heilighaltung der Sonn- und Festtage vom 21. Aug. 1817.

An Sonn- und Festtagen soll kein öffentliches Feiltragen, Ausstellen oder Ausbieten von Waaren, noch auch die Offenhaltung von Kaufmanns- oder Krämer-Läden in dieser Absicht stattfinden.

Auf diese Absicht kann schon aus dem objectiven Thatbestand eines Falles geschlossen werden und ist dieselbe z. B. schon dann als vorhanden anzunehmen, wenn in concreto constatirt wird, daß die Ladenthüre nur zugeklinkt und die Fensterscheiben nicht verhängt waren, so daß die Vorübergehenden von der Straße aus die im Laden befindlichen Personen und Waaren sehen konnten und ihnen dadurch Gelegenheit gegeben war, Geschäfte halber in den Laden frei

Digitized by Google

ein- und auszugehen, wenn anders der Beschuldigte nicht Umstände anzuführen und zu erweisen vermag, welche die sonst berechtigte Annahme jener Absicht ausschließen würden.

Rechtskr. Urtheil in Sachen c. Salomon Feisenberger von hier.

39.

Zum Gesetz über die Berechtigung zum Gewerbebetriebe vom 12. Jan. 1864.

Die Berechtigung zur Anfertigung von Eingaben aller Art an die hiesigen Verwaltungsstellen gegen Bezahlung z. B. von Bürgerrechts-, Gnaden- und Concessionsgesuchen und dergl. steht nur den hier recipirten Advocaten zu; die dahier gültige Gesetzgebung, namentlich auch die neueste Gewerbegesetzgebung kennt neben den letzteren keine weiteren berechtigten Schriftenverfasser oder Concipienten.

Rechtskr. Urtheil in Sachen c. Baruch Hecht von Friedberg.

40.

Zu §. 345 sub 4 des Strafgesetzbuchs.

Diese Bestimmung sanctionirt die früher dahier erlassenen Gesetze und Verordnungen über die Aufbewahrung, den Transport und die Zubereitung ꝛc. von Schießpulver, insbesondere

1) die Rathsverordnung vom 11. Januar 1774, Beyerbach I. S. 141,

2) die Bekanntmachung des Polizeiamts vom 20. Novbr. 1840, Amtsblatt S. 598,

3) das Gesetz vom 19. Mai 1863 über die Bereitung und Verarbeitung von Schießpulver u. s. w.

Nur treten an Stelle der früherhin festgesetzten Strafen die Strafbestimmungen des §. 345.

Die im Schlußsatz unbedingt angedrohte Confiscation des Schießpulvers ist auch dann auszusprechen, wenn dasselbe, z. B. im Falle eines vorschriftswidrigen Transports, nicht dem Contravenienten, sondern dritten Personen gehört.

Rechtskr. Urtheil i. S. c. Maxim. Firnbach aus Stadtprozelten.

Digitized by Google

Juristische Gesellschaft.

Monatliche Rundschau der gerichtlichen Entscheidungen.

September 1868.

A. Obertribunal.

48.

C. von Bonstetten und Consorten, Kläger gegen das Bankhaus B. Metzler sel. Sohn und Consorten, Beklagte, Herausgabe von Effekten betreffend.

Es ist dieser Rechtsfall bereits in den Jahrgängen 1867 S. 6 und 1868 S. 26 folg. behandelt worden, und sind insbesondere die Entscheidungsgründe des Obertribunals schon mitgetheilt; es werden daher jetzt die Entscheidungen der vorderen Instanzen nachgetragen.

Erkenntniß des Stadtgerichts I. vom 23. Novbr. 1866.

In Erwägung, daß

I. die fremden Kläger, der Prozeßkosten wegen, Sicherheit zu leisten haben, und sich nicht darauf berufen können, daß die Beklagte dieserhalb durch die Effekten, welche sie von dem nunmehr fallirten Bankhause L. F. Schmid zu Bern in Händen hat, bereits hinlänglich gedeckt sei, indem diese Effekten weder den Klägern gehören, noch, als von andern Reclamanten in Anspruch genommen, der Beklagten ein liquides Befriedigungsmittel darbieten; — —

III. die Activlegitimation zur Sache betreffend, die Einwendung der Beklagten, daß die von dem Schmid'schen Massecurator ausgestellten Certificate und Delegationsscheine keinen vollen Beweis über das Eigenthum der Kläger an den reclamirten Bankactien-Dividendenbogen lieferten, weil sie nicht von dem Concursgericht in Bern bestätigt seien, begründet ist, da nach heutigem gemeinen Concursrecht

Digitized by Google

dem Curator die Befugniß zum Aufgeben von, der Masse zustehenden Rechten, ohne daß sie zum Zweck der künftigen Distribution geschieht, nicht zukommt, weßhalb die Kläger jene Bestätigung noch beizubringen haben, sie könnten denn etwa beweisen, daß nach Berner Particularrecht die gedachte Befugniß dem Massecurator gebühre;

IV. die von den Klägern vorgeschützte Replik der mala fides, gestützt darauf, daß die Beklagte die reclamirten Dividendebogen unnöthigerweise zurückbehalte, indem sie wegen ihrer Forderung an die Schmid'sche Masse bereits durch die oben unter I. erwähnten Obligationen sichergestellt sei, hinfällig ist, da, wenn auch das Retentionsrecht nicht über die Grenzen ausgedehnt werden darf, welche durch die Größe der Forderung sich von selbst bestimmen, doch dieser Grundsatz auf den vorliegenden Fall schon deßhalb nicht anwendbar ist, weil die fraglichen Obligationen — von ihrem schwankenden Courswerthe abgesehen — wie bemerkt, von verschiedenen anderen Gläubigern reclamirt werden, und daher die Beklagte bis zur Erledigung der einzelnen Ansprüche sämmtliche von Schmid in ihren Verwahrsam gelangten Werthpapiere zu retiniren um so mehr befugt erscheint, als ohnehin das Retentionsrecht, gleich dem Pfandrecht

l. 19 D. de pignor. 20, 1

seiner Natur nach untheilbar ist;

V. der Haupteinwand der Beklagten, daß sie als gutgläubige Besitzerin der quästionirten Dividendebogen, auch dann, wenn dieselben den Klägern eigenthümlich gehören sollten, doch keinenfalls zur unentgeltlichen Herausgabe verbunden sei, sondern ihr vielmehr an diesen Werthpapieren

a) das stillschweigende Pfandrecht aus Art. 54 der Frankfurter Wechsel- und Merkantilordnung vom 26. Mai 1739 (Beyerbach Samml. Bd. 3, S. 668);

b) das qualificirte, dem Pfandrecht adäquate Zurückbehaltungsrecht aus Art. 313 des H.-G.-Buchs;

c) das gesetzliche Pfandrecht des Commissionärs aus Art. 374 des H.-G.-Buchs,

bis zur Berichtigung ihres Guthabens an die Schmid'sche Debitmasse zustehe, in keinem Punkte genügend zutrifft, weil

Digitized by Google

ad a) zwar keinem Zweifel unterliegt, daß der allegirte Art. 54 der Wechselordnung von dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche insofern abweicht, als er nach seiner feststehenden Usual-Interpretation ein stillschweigendes Pfandrecht, dessen auch in dem Gesetz über die Rangordnung der Gläubiger vom 10. Januar 1837 sub B. (Gesetz- und Stat. Samml. Bd. 5 S. 248) Erwähnung geschieht, zu Gunsten nicht blos des Commissionärs, sondern jedes Gläubigers statuirt, welcher Waaren, Gelder oder Effekten seines Schuldners rechtmäßigerweise besitzt, während das Handelsgesetzbuch das kaufmännische Pfandrecht auf den Commissionär, Spediteur und Frachtführer beschränkt, für das gewöhnliche Creditgeschäft dagegen nur das auf Vereinbarung beruhende Pfandrecht kennt; jedoch ebendeßhalb der in Rede stehende Art. 54 unserer älteren Merkantilordnung nach Art. 2 des Einführungsgesetzes zum a. d. Handelsgesetzbuch vom 17. October 1862 (G.- u. St.-S. Bd. 15, S. 113) als aufgehoben zu betrachten ist, woran sich um so weniger zweifeln läßt, als der Art. 15 des Einführungsgesetzes, welcher die in den citirten Artikeln 313 bis 316 getroffenen Bestimmungen auf Nicht-Kaufleute und auf Geschäfte, welche keine Handelsgeschäfte sind, ausdehnt, von der Voraussetzung ausgeht, daß diese Artikel der künftigen Jurisdiction in Handelssachen zur alleinigen Norm zu dienen hätten, wie sich aus dem betreffenden Commissionsbericht der gesetzgebenden Versammlung ergibt, in welchem mit dürren Worten gesagt wird, daß in Zukunft die Rechtsprechung in der nämlichen Materie nicht eine verschiedene werden, sondern der Art. 54 cit., insoweit es sich um, aus Handelsgeschäften entsprungene Rechtsverhältnisse zwischen Kaufleuten handle, in den Artikeln 313—316 des H.-G.-Buchs ganz aufgehen solle.

Mittheilungen aus den Protocollen der g. g. Versamml. Bd. 23, S. 284,

wobei die Argumentation der Beklagten, daß, da die fraglichen Dividendebogen bereits vor Einführung des H.-G.-Buchs in

Digitized by Google

ihren Besitz gelangt seien, und da ein Gesetz keine rückwirkende Kraft habe, der Art. 54 auf den gegenwärtigen Fall noch Anwendung finden müsse, unstichhaltig ist, indem da, wo es sich nicht sowohl um den Erwerb der Rechte von Seiten bestimmter Personen, sondern um das Dasein der Rechte, oder um das Rechtsinstitut handelt, das neue Gesetz allerdings eine Rückwirkung auszuüben vermag,

Weber, Rückanwendung pos. Gesetze, Hann. 1811, S. 167,
Savigny, System, Bd. 8, S. 420 folg.,

und außerdem nicht außer Acht zu lassen ist, daß sämmtliche Soll- und Habenposten, welche in dem, der Forderung der Beklagten zur Grundlage dienenden Contocurrent aufgeführt sind, lauter Geschäfte zum Gegenstand haben, deren Abschluß in die neue Gesetzgebungs-Periode fällt, die Contrahenten also sich füglich nach den mit der neuen Legislation verbundenen Folgen und Wirkungen richten konnten und mußten;

ad b) es keiner weiteren Ausführung bedarf, daß der Art. 313 des H.-G.-Buchs, welcher sowohl seinem Wortlaute als seinem Sinne nach voraussetzt, daß die zu retinirenden Gegenstände dem Schuldner eigenthümlich gehören, nicht, wie die Beklagte meint, ein dem Pfandrecht analoges dingliches Recht anerkennt, sondern im absichtlichen Gegensatz zu den älteren Handelsordnungen und namentlich auch zu dem erörterten Art. 54 der Wechselordnung nur ein persönliches Zurückbehaltungsrecht begründet, welches als ein mit der Compensationsbefugniß parallel gehendes auf das Prinzip dieser letzteren zurückführbares Recht erscheint;

Conferenz-Protokolle S. 458 folg. 1348, 1351, 899;
Auerbach, das neue H.-G.-Buch Bd. 1, S. 289 folg.;
Gad, Handbuch des d. H.-R. Bd. 1, S. 194;
von Hahn, Comm. zu Art. 313;
Laband, das kaufm. Pfand- und Ret.-Recht in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 9, S. 485;
Vergl. auch Erk. des App.-G. (Fakultät Tübingen) vom 15. Aug. 1865 in Sachen Günther c. Weiller.

Digitized by Google

ad c) den Artikel **374** des H.-G.-Buchs anlangend,

1) einerseits unbestritten ist, daß die Frankfurter Bankactien, zu welchen die reclamirten Dividendebogen gehören, im Laufe der **1850**er Jahre von der Beklagten für Rechnung des L. F. Schmid erkauft worden sind; anderseits aber feststeht, daß dieses Commissionsgeschäft, welches auch in dem, von der Beklagten allein producirten Contocurrent nicht figurirt, längst vor Ausbruch des Schmid'schen Concurses seine Erledigung gefunden hatte, nachdem der Beklagten der Kaufpreis für Actien und Dividenden vollständig berichtigt worden war, wie sich aus dem von ihr anerkannten Contocurrent vom 30. Juni **1861** ergibt, welcher sogar ein damaliges bedeutendes Guthaben des Schmid nachweist; wie denn auch die Bankactien selbst nach ihrem Ankauf in den Besitz der Kläger übergegangen, die Dividendebogen aber nur darum der Beklagten belassen worden sind, um bei dem jeweiligen Fälligwerden der dahier zahlbaren Coupons die Einkassirung zu besorgen; diese Momente indessen offenbar gegen die Annahme sprechen, daß die Dividendebogen als Commissionsgut, oder richtiger gesagt, in ihrer blos historischen Eigenschaft als Pertinenz eines ehemaligen Commissionsguts dem Creditgeschäft der Parteien bis in die neueste Zeit zur Unterlage gedient hätten, vielmehr die Behauptung der Beklagten, sie habe rücksichtlich der Dividendebogen als eines Commissionsguts creditirt, um so weniger beachtlich ist, als sie, wenn sie durch dieselben eine Deckung für ihre Vorschüsse erhalten wollte, an die wegen Bestellung eines Faustpfandes im Art. **309** des H.-G.-B. enthaltene Vorschrift gebunden war;

2) eben so wenig der Contocurrent als laufende Rechnung in Commissionsgeschäften im Sinne des Art. **374** erscheint, da dieser Artikel, welcher ausnahmsweise dem Ver- und Einkaufscommissionär ein gesetzliches Pfandrecht gewährt, strict zu interpretiren und auf Commissionsgeschäfte im engeren Sinne, also auf solche Handelsgeschäfte zu beschrän-

Digitized by Google

ken ist, welche der Beauftragte im eigenen Namen für Rechnung eines Auftraggebers schließt; nun aber in dem gedachten Contocurrent überhaupt kein einziges Ver- und Einkaufs-Commissionsgeschäft vorkommt, sondern

α) der Posten N° 1 des Soll einen Activ-Saldo vorträgt, über dessen Entstehung die Beklagte gar keine weitere Auskunft gegeben hat;

β) die geringfügigen Posten N°. 11 und 16 für Legalisation und Briefporti ebenfalls nach der angedeuteten Richtung hin nicht genügend substantiirt sind;

γ) die Posten N°. 13, 14, 15 für Provision, Sensarie und Zinsen unselbstständige Accessionen sind, aus denen sich das Geschäft, wofür sie gemacht worden, nicht entnehmen läßt, indem namentlich eine Provision keineswegs blos in Commissionsgeschäften berechnet zu werden pflegt;

δ) die übrigen hauptsächlich in Betracht kommenden Posten N° 2—10 und 12, lediglich Tratten des Schmid, beziehentlich Intervention bei einer Tratte desselben betreffen, derartige Wechselgeschäfte aber als einfache directe Zahlungsmandate, nicht unter den Begriff eines eigentlichen Commissionsgeschäfts fallen,

Brinkmann, Handelsrecht S. 389,

und daher nur dann Berücksichtigung finden könnten, wenn sie aus einem Commissionsgeschäft erwachsen wären, was jedoch die Beklagte nicht einmal mit Bestimmtheit zu behaupten, geschweige denn thatsächlich zu präcisiren vermochte;

VI. hiernach der Beklagten ein gesetzliches Pfandrecht an den reclamirten Dividendebogen, welches ihr insofern, als dieselben Inhaberpapiere sind, nach Art. 306 verbunden mit 307 des H.-G.-B., sowie nach dem Gesetz vom 8. Juli 1817 (G.- u. St.-S. Bd. 1, S. 102) und dessen authentischen Interpretation vom 20. April 1830 (ibid. Bd. 4, S. 211) einen Schutz gegen die Eigenthumsansprüche der Kläger gewähren könnte, nirgends zusteht, indem gerade daraus, daß der Art. 313 des H.-G.-B., welcher hier allein in Betracht

Digitized by Google

kommen kann, nur eine persönliche Retentions- und Compensations-Einrede im Auge hat, sich folgeweise erklärt, daß die Bestimmung im Art. 306, Absatz 3, des in den Artikeln 313 folg. vorgesehenen Rechts nicht erwähnt, sondern sich lediglich auf das kaufmännische Pfandrecht des Commissionärs, Spediteurs und Frachtführers beschränkt, wie in den oben unter V. ad b. angeführten Stellen erörtert wird; übrigens von jenem stillschweigenden Pfandrecht abgesehen, auch zur Verpfändung von Inhaberpapieren außer der Uebergabe eine Vereinbarung der Contrahenten erforderlich ist, da in dieser Beziehung der Art. 309 des H.-G.-B. zwischen Werthpapieren au porteur oder auf Namen lautend, nicht unterscheidet; endlich, soweit es sich um die Anwendbarkeit der Gesetze vom 8. Juli 1817 und vom 20. April 1830 handelt, gleichfalls außer Zweifel steht, daß deren Wirksamkeit gegen Dritte von irgend einem dinglichen Rechts- oder Besitztitel, möge er nun auf dem jus dominii oder pignoris beruhen, abhängt und dieselben mindestens einen Pfandbesitz voraussetzen, an welchem es in concretem Falle in Ermangelung eines Pfandvertrags oder eines denselben supplirenden Gesetzes völlig gebricht; somit die erhobene Klage, die Ergänzung der klägerischen Activlegitimation zur Sache vorausgesetzt, für rechtlich begründet erachtet werden muß, ohne daß die Kläger ihre Replik, daß ihr Eigenthum an den Dividendebogen der Beklagten bekannt gewesen sei, zu beweisen brauchen, und ohne daß es eines Eingehens auf ihr weiteres Vorbringen bedarf, welches dahin geht, die Beklagte versire in mala fide, weil sie hätte wissen müssen, daß Schmid nicht der Eigenthümer der reclamirten Effecten sei; während die entgegengesetzte Behauptung der Beklagten, daß sie sich bona fide im Besitze der ihr zum Einkassiren anvertrauten Coupons befinde, eben so wenig relevirt, indem auf eine blos subjective und einseitige, durch kein Zugeständniß des Schmid unterstützte Meinung der Beklagten, Schmid sei Eigenthümer der Coupons und sie besitze daher in letzteren ein Sicherungsmittel für ihr Creditgeben, nach dem Geiste unseres Handelsgesetzbuchs kein entscheidendes Gewicht gelegt werden darf.

Aus diesen Gründen wird für Recht erkannt:

1) die Kläger haben der Prozeßkosten wegen binnen vierzehn Tagen

Digitized by Google

Sicherheit bis zu fl. 100 durch Bürgen oder Pfand zu leisten, bei Vermeidung mit der erhobenen Klage, unter Verurtheilung zum Kostenersatz, angebrachtermaßen abgewiesen zu werden;

2) hat sich der klägerische Anwalt binnen vierzehn Tagen, als Bevollmächtigter des von Büren und von Graffenried besser als geschehen, zu legitimiren;

3) die Erledigung dieser Auflage vorausgesetzt soll in der Sache selbst verfügt sein:

Es werden die Kläger mit der erhobenen Klage unter Verfällung in die Kosten praev. liq. ab- und zur Ruhe verwiesen;

sie konnten und wollten denn binnen vierzehn Tagen eine Bestätigung der Certifikate und Delegationsscheine Seitens des zuständigen Concursgerichts zu Bern beibringen, oder vorbehältlich des Gegenbeweises rechtsbehörig darthun:

daß nach Berner Recht der Massecurator (syndic provisoire de la masse) zur Ausstellung solcher Certifikate und Delegationsscheine befugt sei;

worauf Beklagte schuldig ist, die mit dem Coupon pro 1865 beginnenden Dividendebogen zu den in der Klagschrift verzeichneten achtundsechzig Stück Bankactien binnen vorzuberaumender Frist an die Kläger zurückzugeben, auch denselben die verursachten Prozeßkosten, vorgängiger gerichtlicher Feststellung, zu ersetzen.

N. B. Auf erhobene Remonstration erkannte das St.-G. an, daß der verlangte Eigenthumsbeweis auch auf jede andere Weise erbracht werden könne.

Erkenntniß des Appellations-Gerichts v. 6. Mai 1867.

I. Die Anwendung des Art. 374 des Deutschen Handelsgesetzbuchs auf den vorliegenden Fall ist schon deßwegen unstatthaft, weil die Forderung, welche den Beklagten gegen L. F. Schmid zusteht, keinesfalls eine solche ist, welche, wie es nach Art. 374 erforderlich wäre, aus Commissionsgeschäften herrührt, und es mag deßwegen ganz dahin gestellt bleiben, ob die Verwerthung der Dividenden-Coupons bei jeweiliger Fälligwerdung, welche den Beklagten von L. F. Schmid

Digitized by Google

übertragen war, als ein Commissionsgeschäft im Sinne des Art. 374 zu betrachten sei. Aus diesem Geschäft konnten die Beklagten nur Schuldner, aber unter keiner Voraussetzung Gläubiger ihres Auftraggebers werden.

II. Eben so wenig ist die Bezugnahme auf den Art. 54 der Frankfurter Wechselordnung vom Jahre 1739 geeignet, die Beklagten gegen den Anspruch der Kläger auf unentgeltliche Herausgabe der diesen gehörenden Werthpapiere zu schützen. Denn es muß dem Stadtgerichte darin beigepflichtet werden, daß seit der Einführung des deutschen Handelsgesetzbuchs im Gebiete der vormaligen freien Stadt Frankfurt der Art. 54 der alten Wechselordnung nicht mehr besteht, daß diese gesetzliche Bestimmung vielmehr in den neuen Bestimmungen der Art. 313 — 316 des Handelsgesetzbuchs und des Art. 15 des Einführungsgesetzes vom 17. October 1862 vollständig aufgegangen und durch diese neuen Bestimmungen ersetzt worden ist. — Die Behauptung der Beklagten aber, daß der Art. 54 der alten Wechselordnung deßhalb zu ihren Gunsten in Anwendung gebracht werden müsse, weil diejenigen Gegenstände, an welchen sie ein Retentionsrecht oder Pfandrecht ausüben wollen, schon vor der Einführung des deutschen Handelsgesetzbuchs in ihrem Besitz gewesen seien, ist aus dem Grunde ohne Erheblichkeit, weil die Forderung, wegen deren dieses Retentions- oder Pfandrecht ausgeübt werden soll, nach dem zu den Acten gekommenen Rechnungsauszuge, dessen ersten Posten ein anerkannter Saldo bildet, erst aus dem Jahre 1865 stammt. Erst mit der Existenz dieser Forderung konnte ein Retentions- oder Pfandrecht der Beklagten wegen dieser Forderung entstehen und das entstandene Recht fällt also unter die Herrschaft des neuen Gesetzes.

III. Es fragt sich also nur noch, ob die Beklagten zu ihrer Vertheidigung sich mit Recht auf den Art. 313 in Verbindung mit Art. 306 des deutschen Handelsgesetzbuchs berufen, und diese Frage ist zu bejahen. Es ist nämlich das durch den Art. 313 dem Forderungsberechtigten ertheilte Zurückbehaltungsrecht (Retentionsrecht), obgleich man in diesem Artikel die Bezeichnung „Pfandrecht" absichtlich vermieden hat, dennoch nach den hiesigen Gesetzen nichts An-

Digitized by Google

deres, als ein gesetzliches, mit dem Besitze der verpfändeten Sache verbundenes Pfandrecht, also ein durch das Zusammentreffen der gesetzlichen Voraussetzungen entstandenes Faustpfandrecht im deutschrechtlichen Sinne des Wortes. Dies ergibt sich aus den Rechtswirkungen, welche dem Retentionsrechte des Art. 313, ganz in Widerspruch mit den Rechtswirkungen, die sich an das römisch rechtliche Retentionsrecht knüpfen, beigelegt sind, und wird durch die Verhandlungen bestätigt, welchen der Art. 313 des deutschen Handelsgesetzbuchs und der Art. 15 des hiesigen Einführungsgesetzes vom 17. Oct. 1862 durch das dem deutschen Handelsgesetzbuch vom 1. Jan. 1863 an hier Gesetzeskraft verliehen wurde, seine Entstehung verdankt. Die Verhandlungen über dieses Einführungsgesetz lassen zunächst keinem Zweifel darüber Raum, daß das aus dem Art. 313 des Handelsgesetzbuchs herzuleitende Recht des Gläubigers, welcher sich im Besitze von Werthgegenständen seines Schuldners befindet, ein eben so intensives sein solle, als dasjenige, welches bis dahin aus dem mit dem 1. Januar 1863 außer Kraft tretenden Art. 54 der Wechselordnung hergeleitet wurde. Und daß Letzteres, obgleich es gleichfalls nicht ausdrücklich Pfandrecht benannt war und in der Rechtssprache öfters auch nur als ein qualificirtes Retentionsrecht bezeichnet wurde, gerade weil an dasselbe für den Berechtigten, so lange er im Besitze war, sich die aus dem Pfandrechte entspringenden Befugnisse knüpften, eben ein Pfandrecht und nicht ein bloßes Retentionsrecht sei, war zur Zeit der Erlassung des Einführungsgesetzes in der Doktrin und Rechtsprechung hier ganz unbestritten:

vergl. die Urtheile des Ober-Appellations-Gerichts zu Lübeck in Sachen Flersheim c. von Geldern vom 15. März 1855;

Bethmann c. Cramer d. a. 1841;

Fellner c. Heeser vom 15. Juli 1857,

abgedruckt in der Vereinssammlung Bd. 2, S. 76 und folg., S. 88, Bd. 3, S. 234.

Bei dieser Sachlage muß im Gebiet der vormaligen freien Stadt Frankfurt dem aus dem Art. 313 des deutschen Handelsgesetzbuchs herzuleitenden Rechte die Eigenschaft eines Pfandrechts beigemessen

Digitized by Google

werden, wenn sich nicht aus den unabweisbarsten Gründen ergibt, daß es mit den Bestimmungen des deutschen Handelsgesetzbuchs durchaus unvereinbar sei, jenem Rechte diese Bedeutung beizulegen. Solche Gründe bestehen aber nicht. Der Hauptgrund, der hierfür geltend gemacht wird, ist der, daß, wie die Verhandlungen der Nürnberger Conferenz nachweisen, in Art. 313 der Ausdruck „Pfandrecht" absichtlich vermieden worden und auf Seite 1352 der Protokolle in Beziehung auf den fraglichen Artikel sogar ausdrücklich gesagt ist:

> „Bei der Abstimmung ergab sich kein Bedenken darüber, daß dem Kaufmann statt eines Pfandrechtes nur ein Retentionsrecht nach dem Vorschlage in der Anlage C. dieses Protokolls eingeräumt werden solle."

Gerade aus dieser auf S. 1357 der Protokolle abgedruckten Anlage C. ergibt sich jedoch, daß nach derselben zwar der Ausdruck Pfandrecht absichtlich vermieden und in den drei ersten Absätzen derselben statt dessen der Ausdruck „Retentionsrecht" gebraucht worden ist, daß aber der Verfasser und Proponent dieser Anlage C. folgende, den vierten Absatz derselben bildenden Worte in dieselbe aufgenommen hatte:

> In diesem Falle, sowie im Falle des Concurses des Schuldners hatte der Gläubiger die Rechte eines Faustpfandgläubigers.

Das Recht sollte demnach aus Gründen, über welche weiter unten das Erforderliche bemerkt werden wird, zwar nicht als ein Pfandrecht bezeichnet werden, es sollte aber nichtsdestoweniger dem Berechtigten die Rechte eines Faustpfandgläubigers verleihen.

Bei einem Rechte, dessen materieller Inhalt feststeht, ist dessen Bezeichnung ganz ohne Erheblichkeit, und da nun im vorliegenden Falle dem sogenannten Retentionsberechtigten, so lange er im Besitze ist, nach Art. 315 des deutschen Handelsgesetzbuches gerade diejenigen Befugnisse zustehen, welche der Pfandbesitzer an einem Pfand hat, nämlich die Befugniß der Veräußerung, um sich aus dem Erlöse wegen seiner Forderung eine bevorzugte Befriedigung zu verschaffen, sowie die Berechtigung, diese Veräußerungsbefugniß mit Umgehung des ordentlichen Gerichtsstandes seines Schuldners bei dem für ihn

Digitized by Google

selbst zuständigen Gerichte als dem Gerichte der gelegenen Sache nachzusuchen, so ist das aus dem Art. 313 des deutschen Handelsgesetzbuches abgeleitete, daselbst Retentionsrecht genannte Recht eben nichts Anderes, als ein gesetzliches Pfandrecht. — Daran vermag auch der Umstand durchaus nichts zu ändern, daß der oben erwähnte vierte Absatz der Anlage C., als es später zur Abstimmung über diesen kam, verworfen wurde (Protokolle S. 1355 unten). Denn der Grund dieser Verwerfung lag, wie aus S. 1354 der Protokolle ersichtlich ist, nur darin, daß man das Wort „Faustpfandgläubiger" vermeiden wollte, „weil die Rechte des Faustpfandgläubigers nach den verschiedenen Civilrechten zu verschieden seien, als daß nicht durch die Aufnahme dieses Wortes die größte Rechtsungleichheit entstehen würde." —

Einzig und allein aus diesem Grunde trug die aus 8 gegen 7 Stimmen bestehende Majorität der damals anwesenden Mitglieder der Conferenz, bei welcher, wie aus Seite 1343 der Protokolle hervorgeht, zu jener Zeit die Mehrheit der kaufmännischen Abgeordneten fehlte, die, wie ebendaselbst zu ersehen ist, das fragliche Pfandrecht in erster Lesung auf das Dringendste in Schutz genommen und dessen Annahme mit großer Majorität durchgesetzt hatten, Bedenken, dem nach Art. 313 Retentionsberechtigten nach dem Vorschlage der Anlage C. die Rechte eines Faustpfandgläubigers ausdrücklich einzuräumen. Man zog es vor, ein neues handelsrechtliches gesetzliches Faustpfandrecht dadurch zu schaffen, daß man dessen Rechtswirkungen genau bestimmte, statt auf das gemeinrechtliche vertragsmäßige Faustpfandrecht hinzuweisen, welches in den verschiedenen deutschen Bundesstaaten durch particularrechtliche Bestimmungen mannigfache Modificationen erlitten hatte. —

Vergl. Laband in Goldschmidt's Zeitschr. Bd. IX, S. 239.

Es beschloß deßwegen unmittelbar nach der Ablehnung des Absatzes 4 der Anlage C. eine Majorität von 9 gegen 6 Stimmen dem Retentionsberechtigten nach dem Vorschlage des Absatzes 2 der Anlage A. gerade diejenigen Rechte an den von ihm retinirten Gegenständen einzuräumen, in welchen das Wesen des Pfandrechts besteht. Daher kommt es denn auch, daß trotz der Ablehnung der Bezeich-

Digitized by Google

nung „Pfandrecht" das fragliche Recht in den Protokollen doch immer wieder als ein Pfandrecht angesehen wird, z. B. Seite 1355 unten, wo der Retentionsberechtigte „Pfandgläubiger" genannt wird, und Seite 1423 oben, wo nicht nur gleichfalls der Retentionsberechtigte „Pfandgläubiger" genannt, sondern auch die retinirte Sache als „Pfand" bezeichnet wird. Eine sorgfältige Prüfung der auf das fragliche qualificirte Retentionsrecht bezüglichen Stellen der Conferenzprotokolle ergibt auf das Unwiderleglichste, daß gegen den Willen der in der Conferenz vertretenen starren Romanisten, die in dem preußischen Entwurfe fehlende, im §. 50 des österreichischen Entwurfs enthaltene Bestimmung in das deutsche Handelsgesetzbuch aufgenommen wurde, kraft deren dem Kaufmanne im Handelsverkehr geradeso, wie es schon vor Einführung des deutschen Handelsgesetzbuches in verschiedenen Staaten in Folge particularrechtlicher Vorschriften der Fall war, an denjenigen Vermögensobjecten seines Schuldners, in deren natürlichen Besitz er rechtmäßiger Weise gelangt war, das in dem Gesetze beschriebene gesetzliche Faustpfandrecht zustehen soll. Aus den von der Conferenz gepflogenen Verhandlungen ergibt sich ferner, daß die vielfältigen, von den Romanisten gemachten Versuche, die bei der ersten Lesung mit großer Mehrheit beschlossene Aufnahme dieser Bestimmung (§. 262 des Entwurfs der Redactionscommission, Art. 294 des Entwurfs nach den Beschlüssen der zweiten Lesung und Art. 313 in Verbindung mit 315 des wirklich zum Gesetze erhobenen Entwurfs) zu beseitigen, von der Mehrheit der Conferenz stets mit Erfolg zurückgewiesen wurden, so daß sich das Ergebniß der Bemühungen der Romanisten darauf beschränkte, daß ihnen in der Bezeichnung des Rechts ein Zugeständniß gemacht, in der Sache selbst aber ein dem Pfandrechte gleiches Recht aufrecht erhalten wurde. —

War aber einmal festgestellt, daß der Ausdruck „Pfandrecht" im Art. 313 vermieden werden solle, so folgte daraus von selbst, daß das im Art. 313 dem Gläubiger ertheilte Recht im Art. 306 unerwähnt bleiben mußte. Eine vollständige Gleichstellung des aus dem Art. 313 entspringenden Rechtes mit dem aus einem Vertrage entstandenen Pfandrechte hätte aber selbst dann unterbleiben müssen, wenn Ersteres in dem Gesetze selbst als ein gesetzliches Pfandrecht

Digitized by Google

bezeichnet worden wäre. Denn aus naheliegenden Gründen war es unstatthaft, dem kraft des Art. 313 berechtigten Pfandbesitzers in Beziehung auf die Veräußerung des Pfandes die für diesen Fall zu weit gehenden Befugnisse zu ertheilen, welche durch Art. 310 dem kraft Vertrags berechtigten Pfandbesitzer ertheilt worden sind.

Demnach kann auch aus der Nichterwähnung des aus dem Art. 313 hergeleiteten Rechtes in Art. 306 ein Grund gegen die Richtigkeit der obigen Ausführungen nicht entnommen werden. Ist aber das nach den Artikeln 313 und 315 des Handelsgesetzbuchs dem Gläubiger zustehende Recht nichts anderes, als ein gesetzliches Faustpfandrecht, so folgt aus der Vorschrift des Art. 306, nach welcher von dem Besitzer einer beweglichen Sache gegen den Willen des Eigenthümers, zu dessen Nachtheil ein rechtsgültiges Pfandrecht an dieser Sache bestellt werden kann, daß auch derjenige, welcher mit gutem Grunde und in gutem Glauben ein gesetzliches Pfandrecht an einer Sache erworben zu haben vermeinen muß, welche ihm von seinem Schuldner als dessen Eigenthum zum Besitze übergeben worden war, und die er als eine diesem gehörige Sache angenommen hatte, gegen den Anspruch des wahren Eigenthümers auf unentgeltliche Herausgabe der Sache ganz in gleicher Weise geschützt werden muß, als wenn ihm von dem Nichteigenthümer eine fremde Sache unberechtigter Weise ausdrücklich verpfändet worden wäre. Der Grund der gesetzlichen Vorschrift, nach welcher im Interesse der Sicherheit des Handelsverkehrs, welcher es ebenso unmöglich macht, bei erkauften oder in Pfand genommenen beweglichen Gegenständen die Legitimation des Veräußerers zu prüfen, als sich darüber zu verlässigen, ob dieser durch seine Vermögensverhältnisse genügende Sicherheit gegen den im Falle einer Eviction den Käufer oder Pfandnehmer sonst treffenden Verlust biete, im Falle eines Confliktes zwischen dem Interesse des benachtheiligten Eigenthümers und dem des gutgläubigen Besitzers der Letztere bevorzugt werden soll, trifft ebenso zu, wenn Letzterer in gutem Glauben unterstellen muß, ein gesetzliches Faustpfand erworben zu haben, als wenn ihm ein Faustpfandrecht ausdrücklich bestellt worden ist. In beiden Fällen befindet er sich dem Schuldner gegenüber in ganz gleicher Lage. In dem einen wie in

Digitized by Google

dem anderen Falle wird er von diesem über dessen Berechtigung, über das Pfand zu verfügen, getäuscht. Auch das gesetzliche Faustpfandrecht kann nur durch eine Handlung des Schuldners entstehen. Derjenige, welcher Jemanden Werthgegenstände als die ihm gehörigen übergeben hat und dann dessen Schuldner wird, muß sich dessen sehr wohl bewußt sein, daß sein Gläubiger, wenn nicht das Gegentheil bedungen ist oder eine gegentheilige Absicht aus schlüssigen Thatsachen sich ergibt, jene Gegenstände von dem Zeitpunkte an, als ihm zu Deckung dienende Pfänder betrachtet, in welchem ihm eine Forderung gegen diejenige Person erwächst, von welcher er die Gegenstände erhalten hat. Es muß deßhalb dieser Fall, obgleich ein Faustpfandvertrag nicht durch ausdrückliche Verabredung zu Stande gekommen ist, doch, weil sich durch übereinstimmenden Willensact der beiden Contrahenten ein Rechtsverhältniß gestaltet hat, welches gewissermaßen in Folge einer tacita conventio nach:

l. 4 D. de pactis (2. 14),

l. 3. 4 pr. l. 6 D. in quibus causis (20. 2.),

in seinen rechtlichen Wirkungen einer ausdrücklichen Pfandbestellung in der Hauptsache gleich zu achten ist, auch in den hauptsächlichsten Folgen dem anderen ganz gleichgestellt werden. Es läßt sich durchaus kein haltbarer Grund dafür absehen, warum in diesem Falle der gutgläubige Besitzer, welcher in Folge arglistigen Verschweigens seines Schuldners an bestimmten Gegenständen ein gesetzliches Faustpfandrecht erworben zu haben vermeinen muß, einen geringeren rechtlichen Schutz genießen solle, als derjenige, welchem fremde Sachen ohne Einwilligung des Eigenthümers ausdrücklich zum Pfande bestellt worden sind.

Nach den Bestimmungen des römischen Rechts konnte zwar an den in den oben angeführten Gesetzesstellen erwähnten, von dem Miether eingebrachten Gegenständen ein gesetzliches Pfandrecht zu Gunsten des Vermiethers dann nicht entstehen, wenn diese Gegenstände nicht Eigenthum des Miethers, sondern Eigenthum eines Dritten waren. —

Der Grund hiervon lag darin, daß nach dem römischen Recht ohne Zustimmung des Eigenthümers an einer Sache überhaupt kein

Digitized by Google

rechtsgültiges Pfandrecht bestellt werden konnte. Dieser aus dem unbedingten Schutze des Eigenthumes fließende römisch rechtliche Satz ist aber in dem Handelsgesetzbuche, und zwar, wie die Verhandlungen zeigen, gleichfalls gegen das entschiedene Widerstreben der Romanisten aufgegeben, und an dessen Stelle ist die mit den Grundsätzen des römischen Rechts in dem schneidendsten Widerspruche stehende Bestimmung des Art. 306 getroffen worden.

Der Satz des Handelsrechts, welcher dieser Bestimmung zu Grunde liegt, die viel weiter geht, als die deßhalb nicht weiter in Betracht kommenden particularrechtlichen Bestimmungen der

Gesetze vom 8. Juli 1817 und vom 20. April 1830,

Gesetz- und Stat.-Samml. 1. Bd., S. 102, 2. Bd., S. 211,

muß also, namentlich in analogischer Anwendung der im Art. 278 des deutschen Handelsgesetzbuchs gegebenen Interpretationsregel unter Beiseitsetzung der widersprechenden römisch rechtlichen Vorschriften in allen denjenigen Fällen in Anwendung gebracht werden, wo, wie hier, der Grund des Gesetzes vollständig zutrifft.

Es darf wohl angenommen werden, daß die particularrechtlichen Bestimmungen, aus welchen die Art. 313 bis 315 des deutschen Handelsgesetzbuchs hervorgegangen sind, auf der Auffassung beruhen, daß es zur Förderung des Handelsverkehrs, bei welchem Credit gewährt werden müsse, wesentlich beitrage, wenn die Anforderung von Faustpfändern so viel als möglich vermieden werde. Denn eine solche Anforderung bei Eröffnung eines geschäftlichen Verkehrs wird in den meisten Fällen als ein verletzendes Mißtrauen betrachtet werden, und deßwegen sehr häufig die Anknüpfung von Geschäftsverbindungen hindern. Aus diesem Grunde suchte man dem durch den Besitz von Gegenständen seines Schuldners gedeckten Creditgebenden zu helfen, ohne ihn in die Lage zu bringen, die Bestellung eines Pfandes ausdrücklich verlangen zu müssen. Man knüpfte an den Eintritt gewisser Voraussetzungen kraft Gesetzes die Erlangung eines Faustpfandrechtes. Diese Auffassung hat sich der Gesetzgeber bei der Abfassung des deutschen Handelsgesetzbuchs angeeignet und es ist deßhalb gewiß nur in seinem Sinne gehandelt, wenn man demjenigen Creditgebenden, welcher Deckungsgegenstände besitzt, die ihm von seinem Schuld-

Digitized by Google

ner ohne dessen ausdrückliche Erklärung, daß diese Gegenstände die Eigenschaft von Faustpfändern haben sollen, übergeben worden sind, dritten Betheiligten gegenüber gerade so behandelt, als wenn er diese Erklärung erwirkt hätte. Die Unterlassung einer Anforderung, welche der Gesetzgeber soviel als möglich vermieden haben wollte, darf dem Gläubiger nicht schaden.

Daß die von den Klägern vindicirten 68 Dividendenbogen nebst Talons, welche auf den Inhaber stehen, selbstständige Gegenstände der Verpfändung sein, und daher sehr wohl auch von den Beklagten bei der Uebergabe als Pfänder betrachtet werden konnten, entspricht den kaufmännischen Anschauungen.

Der für Anwendung der Art. 313 und 306 des Handelsgesetzbuchs erforderliche gute Glaube der Beklagten bei Erwerb des Pfandrechts an jenen Effekten würde dagegen allerdings im vorliegenden Falle nicht bestanden haben und demnach das behauptete und noch zu erweisende Eigenthum der Kläger zur unbedingten Geltung kommen, wenn, wie diese bestimmt behaupten, die Beklagten aber ebenso bestimmt in Abrede gestellt haben, die Letzteren das Vorhandensein fremden Eigenthumsrechts an den Dividendenbogen nebst Talons vor Eröffnung der Gant über L. F. Schmid zu Bern gekannt haben sollten. Es muß demnach den Klägern verstattet werden, den Beweis dieser Behauptung zu führen und dann weiter ihr Eigenthum an den fraglichen Effekten, sei es durch die unter 3 des angefochtenen Bescheids erkannten Beweise oder in sonst zulässiger Weise darthun.

Aus den vorstehenden Gründen wird:

A. unter Bestätigung der Abschnitte 1 und 2 des stadtgerichtlichen Bescheids vom 23. November 1866, Abschnitt 3 desselben aufgehoben, resp. dahin abgeändert:

die Kläger werden mit der erhobenen Klage unter Verfällung in die Kosten erster Instanz praevia liquidatione, wie angebracht, abgewiesen, sie könnten und wollten denn binnen von dem Stadtgericht vorzuberaumender Frist, vorbehaltlich des Gegenbeweises, rechtsgenügend darthun:

daß die Beklagten bereits vor Ausbruch der Gant über L. F. Schmid zu Bern gewußt haben, daß die reclamir-

Digitized by Google

ten Dividendenbogen und Talons von 68 Frankfurter Bankactien nicht dessen Eigenthum seien;

und

daß diese Effekten Eigenthum der Kläger sind,

welch letzterer Beweis auch mittelst Vorlage einer Bestätigung der Certificate und Delegationsscheine Seitens des zuständigen Concursgerichtes zu Bern oder den Beweis:

daß nach Berner Recht der Massecurator (syndic provisoire de la masse) zur Ausstellung solcher Certificate und Delegationsscheine befugt sei,

erbracht werden kann,

worauf Beklagte schuldig sind, die mit dem Coupon für 1865 beginnenden Dividendenbogen nebst Talon zu den in der Klagschrift verzeichneten 68 Stück Frankfurter Bankactien binnen von dem Stadtgerichte vorzuberaumender Frist an die Kläger zurückzugeben, auch denselben die in erster Instanz verursachten Prozeßkosten nach vorgängiger gerichtlicher Feststellung zu ersetzen.

B. Die Kosten dieser Instanz werden, soweit nicht bereits darüber erkannt worden ist, verglichen und haben die Appellaten den Appellanten die Hälfte des heutigen Urtheils und Protokoll-Stempels zu erstatten. —

Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 28. Januar 1868.

Daß das Erkenntniß des Königl. Appellationsgerichts zu Frankfurt a. M. vom 6. Mai 1867, der von den Oberappellanten erhobenen Beschwerde gemäß, aufzuheben, das Erkenntniß des Königlichen Stadtgerichts daselbst vom 23. November 1866 wieder herzustellen, von den Kosten dieser und der vorigen Instanz die gerichtlichen beiden Theilen zur Hälfte zur Last zu legen, die außergerichtlichen zu compensiren und die Sache an das Königliche Stadtgericht zu Frankfurt a. M. zurückzuverweisen.

Die Gründe sind mitgetheilt Jahrgang 1868, S. 26—35.

Digitized by Google

49—55.

Die in Sachen
von Graffenried, May von Imhoff, Imhoff u. Conf., Herbort Nachlaß, Simmer u. Conf., Freudenreich, Wüstemberger gegen Metzler B. seel. S. und Conf. vom Ober-Tribunale am 28. Januar 1868 erlassenen Urtheile sind gleichen Inhalts mit der Entscheidung von 48 v. Bonstetten c. Metzler.

56.

G. W. Ritzmann von Ems, Kläger gegen A. Horwitz jun., Beklagten, Wechsel-Anschaffung betr.

1) Art. 83 D. W.-O.: Das Ober-Tribunal läßt es dahin gestellt, ob die Ansicht der beiden vorderen Instanzen, daß die gegen den Wechsel-Aussteller und Acceptanten gegebene Bereicherungsklage analog auf den mit Deckung versehenen Domiciliaten auszudehnen sei, richtig ist?
2) Art. 313, Abs. 2 des H.-G.-B.: Ueber die von dem Acceptanten zum Zwecke der Einlösung der Wechsel gegebene Deckung darf der Domiciliat ohne Einwilligung des Acceptanten nicht zu einem anderweitigen Zwecke verfügen.
3) In der Wechselausstellung kann unter besonderen Umständen eine cessio tacita des Forderungsrechts des Ausstellers gegen den Domiciliaten wegen der gegebenen Deckung an den Wechselinhaber gefunden werden.

Kläger ist Indossatar zweier, von dem Kaufmann Louis Wolfskehl zu Worms ausgestellter, auf T. Seelinger gezogener und von diesem acceptirter Wechsel, welche zusammen auf fl. 4000 lauten und bei dem Verklagten domizilirt sind.

Kläger hat verabsäumt, diese Wechsel rechtzeitig präsentiren und protestiren zu lassen, und Verklagter hat aus diesem Grunde die Einlösung der Wechsel verweigert, obgleich er hat zugeben müssen, daß er von dem Aussteller zur Verfallzeit der Wechsel Deckung erhalten und angenommen hatte.

Aus der vorgelegten Correspondenz geht hervor, daß Verklagter von der Ansicht ausgegangen ist, Kläger habe durch die Präjudizirung der Wechsel jeden Anspruch, Zahlung aus denselben zu fordern, verloren und ihm, dem Verklagten, stehe die Befugniß zu, die erhaltene Deckung für sich zu behalten.

Die wider den Letzteren erhobene Klage auf Herausgabe der

Digitized by Google

fl. 4000 ist zunächst gestützt auf den Art. 83 der deutschen Wechselordnung, indem die analoge Zulassung resp. Ausdehnung der dort gegen den Aussteller und den Acceptanten eines präjudicirten Wechsels eingeräumten Berührungsklage gegen den mit Deckung versehenen Domiziliaten beantragt wird, — und sodann auf die in der Domizilirung und Begebung des Wechsels liegende Assignation, sowie auf den zu Gunsten des Wechselinhabers zwischen dem Aussteller und dem Domiziliaten abgeschlossenen Vertrag und endlich das Recht der Zurückforderung der vom Aussteller dem Domiziliaten und von diesem nicht der Bestimmung gemäß verwendeten Deckung.

Der Verklagte, welcher die Wechsel nicht acceptirt hatte, bestreitet sämmtliche Klagefundamente als rechtlich unhaltbar und behauptet, daß er nach der Präjudizirung der Wechsel die von Wolfskehl zur Deckung derselben erhaltene Summe auf eine Schuld des Letzteren an ihn, den Verklagten, — die er bald auf fl. 50,000, bald auf fl. 36,996 angibt, — mit ausdrücklicher oder wenigstens stillschweigender Einwilligung des ꝛc. Wolfskehl verrechnet, resp. an der Schuld desselben in Abzug gebracht habe. —

Das Stadtgericht I. hat im Erkenntnisse vom 25. Jan. 1867 den Beklagten zu dem Beweise zugelassen:

> Daß er vor dem 28. Januar 1865 eine Forderung von fl. 4000 oder wie viel weniger gegen den Aussteller der Wechsel, Louis Wolfskehl in Worms, gehabt und die für diese Wechsel erhaltene Deckung vor dem 28. Januar 1865 bis zum Belaufe von fl. 4000 oder wie viel weniger mit Einwilligung Wolfskehl's zu seiner Befriedigung für diese Forderung verwendet habe,

aus folgenden Gründen:

Es ist zwar nicht zu verkennen, daß der Art. 83 der Wechselordnung lediglich von einer Bereicherungsklage gegen den Aussteller und den Acceptanten spricht, es kommt jedoch hiergegen in Betracht, daß die Wechselordnung nur die Rechtsverhältnisse der in einem wechselrechtlichen Nexus zu einander stehenden Personen zu reguliren und daher keine zwingende Veranlassung hatte, auch die Fälle hervorzuheben, in welchen eine nicht wechselmäßig verhaftete Person

Digitized by Google

in Folge der Versäumniß eines Wechsel-Inhabers sich mit dessen Schaden bereichern werde. Diese Fälle konnte die Wechselordnung vielmehr als das gewöhnliche Civilrecht berührend mit Stillschweigen übergehen, ohne damit aussprechen zu wollen, daß eine Bereicherungsklage in keinen anderen, als den in Art. 83 ausdrücklich erwähnten Fällen Platz greifen solle. Diese Ansicht ist um so berechtigter, als die Protokolle der Leipziger Conferenz auf S. 207 die ausdrückliche Bemerkung enthalten:

> „Ferner war man ohne Widerspruch der Ansicht, daß bei Wechseln, die für Rechnung eines Dritten gezogen seien, der Trassant nur die Verpflichtung habe, diesen Dritten zu nennen."

Diese von allen Seiten genehmigte Bemerkung kann nämlich, wenn sie nicht als vollständig bedeutungslos erscheinen soll, nur den Sinn haben, daß der Dritte, der Committent, der doch nicht wechselrechtlich haftet, der Bereicherungsklage direct unterworfen sein soll.

Vgl. Kletke, Encyclopädie des Wechselrechtes, Bd. 1, S. 450.

Wenn nun auch mit

Jacobi, Archiv für deutsch. Wechselrecht, Bd. 9, S. 26 ff. und

Renaud, Archiv für civil. Praxis, Bd. 46, S. 334,

anzunehmen ist, daß das römische Recht nicht ohne Weiteres stets eine Klage einräumt, wenn Jemand sich mit dem Schaden eines Anderen bereichert hat, so ist doch durch den Art. 83 der Wechselordnung unverkennbar der Grundsatz aufgestellt worden, daß der Wechselinhaber in Folge eines Formfehlers dann keinen Schaden erleiden soll, wenn sich ein Anderer mit seinem Schaden geradezu bereichern würde.

Aus der specifischen Natur des Wechselrechtes folgt dieser Satz in keiner Weise und kann er sein Dasein daher nur der auch schon im römischen Rechte mehrfach anerkannten allgemeinen Regel der Moral verdanken, wonach es überhaupt als illegal betrachtet werden muß, daß Jemand aus dem Formfehler eines Dritten habsüchtiger Weise einen positiven Gewinn ziehe.

Es kann nun aber nicht unterstellt werden, daß die Gesetz-

Digitized by Google

gebung einen solchen Grundsatz für das doch seiner Natur nach streng formelle Wechselrecht zugelassen und dagegen von dem gewöhnlichen Civilrechte ausgeschlossen haben sollte. Man ist daher zu der Annahme berechtigt, daß außer den von dem Gesetze ausdrücklich ausgenommenen Indossanten, bei welchen nach den Protokollen eine Bereicherung überhaupt als unmöglich gedacht wurde, alle Personen der Bereicherungsklage unterworfen sein sollen, welche in Folge eines Wechselgeschäftes in die Lage kommen können, sich mit dem Schaden des Wechsel-Inhabers zu bereichern, und zu diesen gehört auch der mit Deckung versehene Domiciliat.

Diese Annahme wird auch noch dadurch gerechtfertigt, daß in der Leipziger Conferenz zufolge S. 206 der Protokolle der Referent ausdrücklich erklärt hat, der im Art. 83 (§. 75 des Preußischen Entwurfs) ausgesprochene Grundsatz stimme nicht allein mit dem Preußischen Landrechte, sondern auch mit den allgemeinen Grundsätzen der Rechtswissenschaft überein. Hiergegen läßt sich auch nicht einwenden, daß der Domiciliat nicht, wie der Aussteller und der Acceptant, in einem Vertragsverhältnisse zu dem Wechsel-Inhaber stehe. Nach heutigem Rechte ist es nämlich zulässig, daß sich Jemand zu Gunsten eines Dritten von einem Anderen ein Versprechen, an dessen Erfüllung ihm, dem Promissar, selbst gelegen ist, ertheilen lasse und der Dritte aus diesem Versprechen selbstständig Rechte gegen den Promittenten geltend mache.

S. die Erkenntnisse in Seuffert's Archiv Bd. 3, N° 31 und 312; Bd. 6, N° 21; Bd. 8, N° 29; Bd. 14, N° 213 oben; Bd. 16, N° 38.

Wenn daher der Aussteller eines Wechsels dem Domiciliaten den Auftrag ertheilt, eine ihm zu diesem Zwecke übermittelte Geldsumme an den Inhaber des Wechsels zu bezahlen und der Domiciliat diesen Auftrag annimmt, so verspricht er damit, die Deckung an den Wechsel-Inhaber ausliefern zu wollen, und kann er demnach auch von diesem Letzteren direct und selbstständig, wenn auch nicht wechselrechtlich, belangt werden. Die Verbindlichkeit des Domiciliaten ist in diesem Falle zwar an die Voraussetzung geknüpft, daß der Wechsel-Inhaber die wechselrechtlichen Formalitäten beobachte, und

Digitized by Google

sie muß daher auch erlöschen, wenn diese Voraussetzung nicht zutrifft; in diesem Falle steht aber der Domiciliat bezüglich der civilrechtlichen Frage der Bereicherung mit dem Schaden des Wechsel-Inhabers ganz auf gleicher Stufe mit dem Aussteller und dem Acceptanten, deren Verbindlichkeit, für die Einlösung des Wechsels zu sorgen, ja gleichfalls in Folge der Nichtbeachtung der Wechselformalitäten erloschen ist und welche nichts destoweniger aus ihrer Bereicherung verhaftet bleiben.

Vergl. Ladenburg in dem Archiv für Wechselrecht Bd. 4, S. 250 fg. und in dem Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. 5, S. 36—49;

Hoffmann, Erläuterung der Wechselordnung, Ausgabe von 1859, S. 595—96;

Koch, zufolge Archiv für Wechselrecht Bd. 9, S. 34; auch Liebe, Deutsche Wechselordnung S. 221.

Was nun die weitere Frage betrifft, ob der Beklagte in vorliegendem Falle mit dem Schaden des Klägers bereichert sei, so behauptet der Beklagte, daß er den Betrag der fraglichen Deckung mit Einwilligung des Trassanten Wolfskehl von einer ihm gegen denselben zustehenden Forderung abgeschrieben habe. Sollte diese Behauptung auf Wahrheit gegründet sein und die fragliche Abschreibung vor der Mittheilung der vorliegenden Klage stattgefunden haben, so würde die Bereicherung des Beklagten, welche unzweifelhaft mit der Unterlassung der rechtzeitigen Präsentation der Wechsel eingetreten war, allerdings auf rechtlich zulässige Weise ihr Ende erreicht haben, indem der Aussteller Wolfskehl bis zu erfolgter Klagebehändigung berechtigt war, über die nicht rechtzeitig erhobene Deckung anderweitig zu verfügen und der Beklagte in Folge der gedachten Abschreibung sein Klagrecht wegen der behaupteten Forderung bis zum Betrage der erfolgten Abschreibung verloren haben und demnach zwar an Geld reicher, dagegen aber an Ausständen ärmer geworden sein würde. Der Beklagte ist daher zu dem Beweise zuzulassen, daß er eine Forderung bis zum Belaufe von fl. 4000 gegen den Aussteller Wolfskehl gehabt und die fragliche Deckung unter Zustimmung Wolfskehl's zur Tilgung dieser Forderung verwendet habe. Es läßt sich zwar

Digitized by Google

nicht verkennen, daß die Rechtsvertheidigung des Beklagten schon jetzt erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit seiner gedachten Einrede hervorrufen muß, indem er seine Forderung einmal auf fl. 50,000 und das andere Mal nur auf fl. 36,996. 21 kr. angegeben und eine ausdrückliche Einwilligung Wolfskehl's neben einer stillschweigenden Einwilligung behauptet, sowie auch nach seinem Briefe vom 8. Januar 1865 sich selbst als den berechtigten Disponenten über die Deckung betrachtet hat, da es jedoch immerhin nicht unmöglich ist, daß er seine Ansicht über letzteren Punkt nachträglich geändert haben könnte und die seinen Angaben widersprechenden Briefe Wolfskehl's als außergerichtliche Zeugnisse nicht beweiskräftig sind, so kann ihm der fragliche Beweis doch nicht abgeschnitten werden.

Wenn der Beklagte dagegen eventuell auch geltend gemacht hat, daß er sich auch ohne die Einwilligung Wolfskehl's aus der fraglichen Deckung habe befriedigen können, so kann ihm hierin nicht beigetreten werden. Denn die Deckung war ihm nur zu dem bestimmten Zwecke der Einlösung der fraglichen Wechsel eingeschickt worden, und er durfte daher nach der Schlußbestimmung des Art. 313 des Handelsgesetzbuches ohne die Genehmigung Wolfskehl's nicht zu einem anderweitigen Zwecke darüber verfügen und so auf eine rechtlich unzulässige Weise die Bereicherungsklage des Klägers vereiteln. Im Uebrigen ist nur noch zu bemerken, daß die Kosten-Cautionspflicht des Klägers rechtlich begründet ist und demselben Zinsen unter allen Umständen nur von dem Tage der Mittheilung der Klage zugesprochen werden können, indem nicht behauptet werden konnte, daß der Beklagte früher in bestimmter Weise aus dem Gesichtspunkte der Bereicherung gemahnt worden wäre.

Das Appellations-Gericht bestätigte am 17. Juni 1867 und das Ober-Tribunal am 11. Februar 1868 dieses Erkenntniß.

Aus den Gründen des Ober-Tribunals.

Die Richtigkeit der Ansicht der Vorderrichter über die Möglichkeit einer rechtlichen Begründung der Klage mittelst analoger Anwendung des Artikels 83 der deutschen Wechselordnung auf den Domiziliaten kann dahingestellt bleiben, denn soviel steht unzweifelhaft fest, daß

Digitized by Google

der Verklagte, welcher unbestrittenermaßen vor der Verfallzeit der Wechsel die Deckung zum Zwecke der Einlösung derselben von dem Trassanten Wolfskehl erhalten hatte, verpflichtet war, bei unterbliebener Einlösung der Wechsel jene Deckung an den Trassanten zurückzuzahlen, so lange derselbe nicht anderweit darüber verfügt hatte, und daß der Verklagte nach Art. 313 des Deutschen Handels-Gesetzbuches nicht berechtigt war, eigenmächtig über die ihm zu einem bestimmten Zwecke überantworteten Gelder zu verfügen.

Dieses dem Trassanten rechtlich zustehende Rückforderungsrecht konnte derselbe dem Wechselinhaber übertragen, und in der Ausstellung der Wechsel schon kann eine Cessio tacita dieses Forderungsrechts unter den nachgewiesenen Umständen des vorliegenden Falles unbedenklich gefunden werden.

Die vorliegende Correspondenz weist nach, daß der Verklagte von der Ansicht ausging, in Folge der verspäteten Präsentation und Protestation der Wechsel stehe ihm die Befugniß zu, die empfangene Deckung für sich zu behalten, und selbst im ganzen Laufe des Prozesses weigert er die Zahlung der Wechselbeträge an den Kläger nicht etwa aus dem Grunde, weil er die Deckung an den Trassanten zurückgezahlt habe, oder zurückzahlen wollte, oder weil er befürchte, daß dieser sie von ihm zurückfordern werde, sondern weil er vermeint, daß dem Kläger kein Recht auf diese Deckung zustehe. Die Correspondenz ergibt ferner, daß der Trassant mit dem vom Verklagten gegen den Kläger eingehaltenen Verfahren nicht nur nicht einverstanden war, sondern daß er die Befriedigung des Letzteren verlangte und daß er selbst noch vor Anstellung des Prozesses jede von dem gedachten Verfahren des Verklagten, als mit seiner, des Trassanten, Redlichkeit im Widerspruche stehend, von sich wies und sein Verlangen, dem Kläger zu seinem Rechte zu verhelfen, an den Tag legte.

Unter diesen Umständen kann die Annahme einer stillschweigenden Uebertragung des Forderungs-Rechts des Trassanten an den Verklagten auf den Kläger nicht bedenklich sein, und diese Uebertragung begründet hinreichend die Befugniß des Letzteren, die in den Händen des Verklagten noch befindliche Deckung selbstständig zurückzufordern.

Digitized by Google

57.

H. F. J. Minoprio und Ehefrau, Kläger gegen F. J. Hohwiesner, Beklagten, Cautionsleistung betr.

Prüfung des Einflusses eines homologirten Concordats durch die Illatenforderung der Ehefrau, beziehungsweise deren Erben, nach den Grundsätzen der Rheinischen Civilgesetzgebung.

Der Verklagte Hohwiesner war mit der Maria Cornelia Minoprio verheirathet, welche in die Ehe fl. —— bestehend in Obligationen der Stadt Frankfurt nebst den verfallenen Zinsen und einigen anderen Beträgen einbrachte. Am 15. Mai 1850 starb die Frau des Verklagten kinderlos und hinterließ als Erben eines Theils ihre Eltern und Geschwister, andern Theils ihren überlebenden Ehemann, dem die lebenslängliche Leibzucht an dem eingebrachten Vermögen der Erblasserin zustand. Unter dem 7. September 1850 kam zwischen dem Verklagten und den übrigen Erben seiner verlebten Ehefrau ein Vertrag zu Stande, wonach — so weit es hier interessirt — die fl. —— in Frankfurter Stadt-Obligationen dem Verklagten zu lebenslänglicher Nutznießung überlassen bleiben, nach dessen Tode aber an die Erben Minoprio übergehen sollten; und es heißt dann im Vertrag wörtlich:

> „Nach dem Wunsch des Herrn Hohwiesner ist solches aber dahin abgeändert worden, daß nicht die Obligationen in natura, sondern nur der dafür angerechnete Betrag im jetzt hier geltenden 24½-Guldenfuß an die genannten Eltern oder deren Erben nach dem Tode des ꝛc. Hohwiesner bezahlt werden soll. Zu Verhütung von Streitigkeiten ist festgesetzt worden, daß außer im Fall beiderseitiger Uebereinkunft, anders als die baare Auszahlung von fl. —— im 24½-Guldenfuß weder verlangt, noch gegeben werden kann noch darf, und daß die Auszahlung nur in guten groben-effectiven Silbermünzen dieses Gepräges geschehen müsse ꝛc."

Sodann heißt es weiter, daß den Eltern Minoprio und deren Erben das Recht zustehe, für das erwähnte Kapital von fl. — — jetzt oder später Caution zur Sicherstellung zu fordern, welche unverweigerlich gestellt werden müsse.

Digitized by Google

Auf Grund dieses Sachverhältnisses und der erwähnten Urkunde klagten nun im Januar 1866 die Immobiliar-Erben Minoprio gegen den Verklagten Hohwiesner bei dem Stadtgerichte zu Frankfurt mit dem Antrage, den Verklagten zu verurtheilen, durch Bürgen oder Pfand genügende Sicherheit für das Kapital von fl. — — zu stellen, und den Klägern die Kosten des Rechtsstreits zu ersetzen.

Der Verklagte beantragte dagegen, — abgesehen von einigen hier nicht interessirenden vorläufigen Einreden, — die Klage kostenfällig abzuweisen, event. unter Verurtheilung der Kläger zu den Kosten die zu leistende Sicherheit auf fl. — — einzuschränken.

Vor dem Tode seiner Ehefrau habe er nämlich mit seinem Schwager, dem Mitkläger Joseph Alois Minoprio, eine Gesellschafts-Handlung unter der Firma: Minoprio & Hohwiesner in Büdingen (Großherzogthum Hessen) geführt; im Jahre 1852 sei diese Handlung in Falliment gerathen, welches durch ein Concordat beendigt worden, in Folge dessen alle nicht bevorzugten Gläubiger der beiden Cridare mit 15 % ihrer Forderungen abgefunden worden seien, oder hätten abgefunden werden sollen. Dieses Concordat sei von der competenten Behörde, dem Handelsgerichte zu Mainz, durch Urtheil vom 28. April 1853 homologirt worden, so daß kein Gläubiger bei beiden Cridaren, gleichviel ob er sich gemeldet und an den Concordats-Verhandlungen Theil genommen oder nicht, mehr als 15 % seines früheren Guthabens zu fordern berechtigt sei. Das beregte Urtheil ergebe auch, daß die Illaten-Forderung der verstorbenen Ehefrau des Verklagten bei den Concordats-Verhandlungen in Betracht gekommen, und auf die concordatsmäßigen 15 % reducirt worden sei. Wäre dies aber auch nicht, so würden nach dem im Großherzogthum Hessen geltenden Code de commerce Art. 524 die Kläger doch nicht mehr als die bedungenen 15 % fordern können, da das homologirte Concordat für alle nicht privilegirten Gläubiger ohne Ausnahme bindend sei. Verklagter sei daher nicht für den ursprünglichen Schuldbetrag von fl. — —, sondern nur für 15 % desselben, Sicherheit zu leisten schuldig. Die Cautionsleistung für diese Summe sei wiederholt offerirt, aber von den Klägern abgelehnt worden.

Das Stadt-Gericht I. verurtheilte am 27. Februar 1867

Digitized by Google

den Beklagten zur Cautionsleistung für die ganze Illatenforderung, das Appellations-Gericht verwies die Kläger am 6. September 1867 auf die Bereitwilligkeit des Beklagten für 15 % Caution leisten zu wollen, das Ober-Tribunal bestätigte am 24. März 1868 dieses Erkenntniß.

Gründe.

1) Es ist zwar zuzugeben, daß nach den Vorschriften des Code de commerce Handelsgesellschaften als moralische Personen zu betrachten sind, und daß die Theilhaber derselben nicht mit der Gesellschaft selbst identificirt werden können, so daß selbst bei Handelsgesellschaften unter einem Gesammtnamen das Falliment der letzteren nicht mit Nothwendigkeit auch das Falliment der einzelnen Theilhaber zur Folge haben muß, da der Fall sehr wohl denkbar ist, daß ein einzelner Theilhaber auch persönliches, nicht der Gesellschaft gehöriges Vermögen besitzen kann. Indessen kann in einem solchen Fall der einzelne Gesellschafter wegen der ihm obliegenden Solidar-Verpflichtung für alle Schulden der Gesellschaft unter Gesammtnamen sein persönliches Vermögen vor der Einziehung desselben in das Falliment nur dadurch schützen, daß er die sämmtlichen Schulden der Societät bezahlt, weil widrigenfalls in Gemäßheit des Art. 452 a. a. O. auch seiner besonderen Wohnung die Siegel angelegt und nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen sein persönliches Vermögen im Interesse aller Gläubiger, also auch seiner persönlichen, zur Concursmasse gezogen, und zur Deckung sämmtlicher Schulden soweit es hinreicht, verwendet wird. Seine persönlichen Gläubiger concurriren dann mit den Gläubigern der Gesellschaft, und haben in Beziehung auf das Falliments-Verfahren mit diesen gleiche Rechte und Verbindlichkeiten.

2) Nach den Art. 476 und 502 a. a. O. sollen zwar sämmtliche Gläubiger nicht allein durch öffentliche Bekanntmachung in Zeitungen, sondern auch speciell brieflich zur Anmeldung ihrer Forderungen und zu den Versammlungen der Gläubiger eingeladen werden. An diese letztere Vorschrift ist im Gesetz ein Präjudiz, wenigstens ausdrücklich, nicht geknüpft; es konnte dies aber auch um deßwillen nicht geschehen, weil eine solche briefliche Aufforderung voraussetzt,

Digitized by Google

daß dem Fallimentscommissar und den Syndiken, von denen die Einladungen auszugehen haben, die Gläubiger bekannt seien. Nun behaupten die Kläger aber gar nicht, daß sie dem Commissar und den Syndiken als Erben der verstorbenen Ehefrau Hohwiesner und in dieser Eigenschaft als die jetzigen Inhaber der Forderung der letzteren an den Beklagten bekannt gewesen seien; sie konnten sich also jedenfalls darüber, daß sie nicht brieflich eingeladen worden, nicht beschweren. Es constirt vielmehr nur soviel, daß in den gerichtlich übergebenen Büchern des Hohwiesner dessen Ehefrau als Gläubigerin eingetragen war; ob der Commissär und die Syndiken Kenntniß von dem Tod der Gläubigerin hatten — constirt nicht, und Kläger behaupten dies auch nicht. Sie bestreiten auch nicht, wenigstens nicht mit Bestimmtheit, daß eine briefliche Aufforderung an ihre Erblasserin, in der Unterstellung, daß sie noch lebe, gerichtet worden sei; sie behaupten vielmehr nur, daß, im Fall dies geschehen sei, der Verklagte, an den dann der Brief gelangt sein möchte, sich eines dolus schuldig gemacht habe. Diese Behauptung entbehrt jedoch in jeder Richtung aller näheren Begründung, und zwar um so mehr, als Kläger nicht bestreiten, daß ihnen sowohl der Tod ihrer Erblasserin als auch der Ausbruch der Falliments über das Vermögen ihres nahen Verwandten bekannt gewesen sei. Hieraus folgt, daß dieser, die Beobachtung der gesetzlichen Förmlichkeiten im Falliments-Verfahren betreffende, sonst nicht näher substantiirte Einwand hier keine Berücksichtigung finden kann, so daß es der Prüfung der Frage nicht bedarf, ob der Einwand überhaupt, um berücksichtigt werden zu können, im Weg eines Rechtsmittels gegen das Homologations-Urtheil bei den hessischen Gerichten hätte vorgebracht werden müssen.

3) und 4) Nach Art. 524 a. a. O. macht die gerichtliche Bestätigung des Concordates dasselbe für alle Gläubiger des Falliten verbindlich, also nicht allein für diejenigen, die in den Vertrag eingewilligt haben, sondern auch für die, welche nicht consentirten, und ebenso für diejenigen Gläubiger, welche verabsäumt haben, ihre Forderungen rechtzeitig verificiren zu lassen, gleichviel, ob sie zu den bekannten oder unbekannten Gläubigern gehörten, vorausgesetzt, daß sie die letzteren durch die, ihnen gegenüber nur mögliche öffentliche

Digitized by Google

Aufforderung zur Anmeldung ihrer Forderungen gehörig in Verzug gesetzt worden sind, was vorliegenden Falls nicht in Zweifel gezogen ist. Es kommt hiernach gar nicht darauf an, ob in dem Homologations-Urtheil bestimmte Forderungen aufgeführt worden sind oder nicht, und ob das Urtheil die verbindliche Kraft des Concordats für bestimmte Forderung angesprochen hat, da diese verbindliche Kraft aus dem Gesetz von selbst folgt. Es erübrigt hiernach die Untersuchung der Frage, ob die im Homologations-Urtheil erwähnte Forderung der Erblasserin der Kläger identisch sei mit der eingeklagten, und ob Kläger diese Identität in einer prozessualisch zulässigen Weise bestritten haben oder nicht.

5) Die in den Art. 2121 und 2135 des rheinischen Civilgesetzbuchs den Ehefrauen wegen ihrer Illaten zugestandene stillschweigende Hypothek auf den Immobilien ihrer Ehemänner hat für Frauen der Handelsleute im Art. 551 u. f. des Code de commerce wesentliche Beschränkungen erfahren. Ob die in diesem letzteren Artikel aufgestellten Bedingungen, unter denen die Frauen von Handelsleuten überhaupt einen Anspruch auf jene Legalhypothek haben, im vorliegenden Falle vorhanden sind, constirt nicht, da die Kläger keinerlei hierauf bezügliche Aufstellungen gemacht haben. Sollte aber auch der Erblasserin der Kläger eine solche Hypothek zugestanden haben, so würde sie gegen die Immobiliar-Masse des Falliments geltend zu machen sein, und diejenigen Beträge, welche hierbei nicht realisirt werden konnten, kamen nach Art. 543 a. a. O. nur in der Eigenschaft als Chirographen-Forderungen in Betracht und mußten als solche im Falliments-Verfahren angemeldet und verificirt werden. Dies ist nicht geschehen; und der Einwand, daß die klägerische Forderung nicht habe angemeldet werden zu brauchen, und daß sie von dem Concordate nicht betroffen werde, ist unhaltbar, sowie denn überhaupt auf die angebliche Bevorzugung der klägerischen Forderung im gegenwärtigen Verfahren nichts ankommen kann, daß die Klage als eine hypothekarische gar nicht angestellt, und nicht behauptet ist, daß Verklagter gegenwärtig noch Besitzer der angeblich mit einer Hypothek belasteten Immobilien sei. Andere Privilegien aber, die an der Mobiliarmasse des Falliments hätten geltend gemacht werden können,

Digitized by Google

stehen den Illatenforderungen der Ehefrau weder nach dem Civil- noch nach dem Handelsgesetzbuch zu.

6) und 7) In dem Vertrag vom 7. September 1850 haben die Kläger ihr angebliches Eigenthumsrecht an den Frankfurter Stadt-Obligationen dadurch aufgegeben, daß sie auf die Zurückgabe dieser Obligationen in natura verzichteten und sich dagegen nur einen Anspruch auf einen genau stipulirten Preis vorbehielten. Durch dieses Abkommen ist ihr ursprüngliches Recht in eine gewöhnliche Mobiliar-Forderung umgewandelt worden und von einem noch bestehenden Eigenthumsrecht an jenen Obligationen kann überhaupt keine Rede sein. Ein solches Eigenthumsrecht, wenn es zur Zeit des Falliments bestanden hätte und heute noch bestände, würde immer nur eine Vindikationsklage zu begründen geeignet gewesen sein; eine solche ist im Falliments-Verfahren, wo sie geltend gemacht werden müsse, nicht angestellt worden, und auch die gegenwärtige Klage charakterisirt sich nicht als eine Vindikation, indem nicht einmal behauptet ist, daß Verklagter sich noch im Besitz der Obligation quaest. befinde.

Was den noch insbesondere geleugneten Einfluß des Concordates auf das Nießbrauchsrecht des Verklagten betrifft, so kommt ein solcher hier überhaupt gar nicht in Betracht.

Das ganze Mo- und Immobiliar-Vermögen des Verklagten war in das Concurs-Verfahren hineingezogen worden, das nackte Eigenthum an einen Theil der ersteren war in jenem Verfahren von Niemanden in Anspruch genommen worden, ein bloßes Nießbrauchsrecht des Verklagten an einem Theil seines Mobiliars konnte daher im Fallimente gar nicht zur Sprache kommen, und daß, wenn die Forderung der Kläger sich auf 15 % ihrer ursprünglichen Höhe in Folge des Concordates beschränkt, das Nießbrauchsrecht des Beklagten sich auf den so verminderten Betrag seiner Schuld reduzirt, ist selbstverständlich.

Hiernach stellt sich die eingelegte Ober-Appellation als unbegründet dar, und es war deßhalb das angefochtete Erkenntniß zu bestätigen.

Digitized by Google

58.

Pfeil, Conrad, von Oberamstadt, wegen Diebstahls im wiederholten Rückfall.

Die vor der Incorporation erlassenen Urtheile der Gerichte der neuen Provinzen stehen bezüglich der Rückfallswirkung denen der preuß. Gerichte gleich.

Wie bereits in der „monatlichen Rundschau" mitgetheilt, war es bis vor einigen Monaten die constante Rechtsprechung der Straf- und Berufungskammer, die vor der Einverleibung Frankfurts und der übrigen neuen Provinzen erlassenen diesseitigen Strafurtheile nicht als den Rückfall im Sinne des §. 58 begründend, gelten zu lassen. Auch Art. XX. der Einführungs-Verordnung vom 25/6. 67 wurde nicht als für die gegentheilige Ansicht maßgebend erkannt, da eine deßfallsige rückwirkende Norm in dem Einführungsgesetze nirgends vorgesehen sei. Eine wesentliche Unterstützung fand diese Ansicht in den Aufsätzen von Bar und Zöpfl in Goltdammers Archiv Band 15 p. 664. 16 p. 42. Seit April l. J. erging jedoch eine Reihe von Entscheidungen des k. Obertribunals, welche die Gerichte veranlassen mußten, von der seitherigen Rechtsprechung abzugehen. Von diesen, im Wesentlichen gleichlautenden Urtheilen soll nur das ausführlichste, in Sachen Pfeil, mitgetheilt werden. Das Obertribunal sagt unterm 30. April 1868:

„Schon das Princip der Continuität der Landeshoheit gestattet nicht, den im Namen der bestehenden Landeshoheit gesprochenen richterlichen Erkenntnissen die rechtliche Wirkung dann zu versagen, wenn diese Hoheit in Folge der Incorporation mit einem andern Staate, in die Justizhoheit dieses Staates übergegangen ist. Vielmehr stellen sich in dem incorporirenden Staate diese Erkenntnisse nothwendig als solche dar, denen die Kraft inländischer Urtheile beiwohnt.

Auch nach der Entstehungsgeschichte des §. 58 richtet sich die Absicht des Gesetzgebers nur um deßwillen gegen die Gleichstellung aus- und inländischer Urtheile, weil principiell die Autorität ausländischer Urtheile nicht anerkannt war, dieser Grund aber, nachdem das Ausland zum Inlande geworden ist, wegfällt. Ein gleiches gilt rücksichtlich des secundären Grundes, daß bei den ausländischen Erkennt-

Digitized by Google

nissen eine Nachprüfung des preußischen Richters über das Vorhandensein der Voraussetzungen des Rückfalls sich füglich nicht ermöglichen lasse.

Schon aus Art. VI. des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch ist zu ersehen, daß auch dem Beschuldigten gegenüber in der früheren Form des Verfahrens kein Grund gefunden worden ist, die Rückfallsstrafe auszuschließen, daher auch die Annahme verstattet ist, daß man auch bei der Incorporation eines andern Staates in den preußischen sich von demselben Gedanken habe leiten lassen können. Der Art. XX. des Einführungsgesetzes vom 25. Juni 1867 aber enthält nichts mehr und nichts weniger, als eine gleiche positive Norm für das Gebiet der vormaligen freien Reichsstadt Frankfurt. Damit ist denn auch die Ansicht unvereinbar, als habe die Verordnung vom 25. Juni 1867 nur die Fälle vor Augen gehabt, die nach der Einverleibung Frankfurts, also vor dem 20. September 1866, sich zugetragen. Eine Beschränkung gibt diese Verordnung nicht an die Hand, und ist solche um so weniger zu statuiren, als zur Zeit der Emanation dieser Verordnung die Judicatur des kön. Obertribunals auf die in gleicher Lage befindlichen Gebietstheile der vormaligen Fürstenthümer Hohenzollern-Sigmaringen dem Gesetzgeber, wie unterstellt werden muß, nicht unbekannt gewesen ist . . . .

Daß wohl das Appellations-Urtheil der Cassation unterliegt, in der Sache selbst aber dem zweiten Richter die thatsächliche Prüfung und Feststellung der Voraussetzungen der Rückfälligkeit zu überlassen ist, zu diesem Ende also die Zurückweisung der Sache in die zweite Instanz zu erfolgen hat ꝛc."

59.

E. Rügemer, Kläger gegen J. Goldschmidt und Maria Helene Bayer, Beklagte, Miteigenthum an einer Brandmauer betr.

Die gemeinschaftliche Scheidewand zweier Gebäude ist nicht Gegenstand eines gewöhnlichen, theilbaren und einer selbständigen Veräußerung fähigen condominii; wird das eine Haus abgerissen und dessen area zur öffentlichen Straße gezogen, verliert also die Mauer ihre Eigenschaft als Scheidewand, so hört die Beschränkung des Eigenthümers des stehen gebliebenen Hauses durch das Mitbenutzung- und Untersagungsrecht des gewesenen Nachbars betreffs der Brandmauer auf.

Digitized by Google

Die Klage ist darauf gestützt, daß die Mauer, in welcher sich das von dem Beklagten angelegte Fenster, um dessen Beseitigung es sich handelt, befindet, früher zwischen dem Mainzerhofe und dem sog. Tabakshofe gemeinschaftlich gewesen sei, daß dem Kläger als Eigenthümer des letzteren, das Miteigenthum der Mauer, als eine Pertinenz seines Hauses zugestanden, daß er zwar sein Haus abgebrochen und dessen Grundfläche der Stadt abgetreten habe, daß dieser Abtretung jedoch sein Antheil an der gemeinschaftlichen Mauer nicht begriffen gewesen sei und er daher sein Miteigenthum gegenwärtig noch ausüben könne.

Das Stadt-Gericht wies am 17. April 1857 die Klage ab, insbesondere in Erwägung:

daß bei dem Abbruch des Tabakshofs selbstverständlich die quästionirte Brandmauer, welche auch Pertinenz des Mainzerhofs war, stehen bleiben mußte; der Kläger aber nirgends zu behaupten vermochte, daß bei der Concessionsertheilung, oder bei der Uebergabe und Transscription des Tabakshofs, oder dessen area auf die Stadt irgend ein Eigenthumsvorbehalt rücksichtlich eines ideellen Brandmauerantheils gemacht worden sei, dessen Besitz auch in der That nach dem Abbruch des Tabakshofs für dessen ehemaligen Eigenthümer oder für die Stadt keinen Zweck hatte, noch einen Nutzen gewährte, sondern kaum als selbstständiges Vermögensobject betrachtet werden kann, so daß allerdings die Unterstellung einer Dereliction als natürlich erscheint;

daß es ebensowenig einem Zweifel unterliegt, daß der Kläger an sich kein rechtliches Interesse daran hat, ob der Beklagte in die Mauer Fenster bricht oder nicht, da dieselben weder sein Eigenthum gefährden, noch ihn, wie einen Nachbarn, geniren können, während der Grundsatz in l. 28. D. c. 3: in re communi neminem dominorum jure facere quicquam invito altero posse, in seiner Anwendung auf gemeinschaftliche Mauern eine Modification leidet, wenn eine Handlung einem wirklichen Interesse der übrigen Eigenthümer gar nicht widerstreitet.

Das Appellationsgericht gab am 25. Septbr. 1867 dem Kläger auf, zu beweisen:

Digitized by Google

a) daß ihm das Miteigenthum an der nach der kleinen Hochstraße hinliegenden Brandmauer der Behausung zum Mainzer Hof in ihrer ganzen Höhe und in einer Breite von 30 Fuß von der großen Bockenheimerstraße nach der Hochstraße hin oder in welcher anderen geringeren Ausdehnung zustehe,

b) daß das in Rede stehende Fenster sich in demjenigen Theil der fraglichen Brandmauer befindet, woran ihm das Miteigenthum zusteht;

indem es davon ausging:

Wenn die betreffende Mauer ursprünglich eine gemeinschaftliche zwischen dem Mainzerhofe und dem Tabakshofe, und wenn der Kläger der Eigenthümer des letzteren gewesen sei, so habe er dadurch, daß er das Haus im Uebrigen abgebrochen und dessen Grundfläche zur Anlegung einer Straße der Stadt abgetreten habe, während die gemeinschaftliche Mauer stehen geblieben sei, sein Miteigenthum an dieser nicht verloren; es liege kein Grund vor, anzunehmen, daß er dasselbe derelinquirt habe, er habe es sich vielmehr ausdrücklich vorbehalten, so wie es auch von den Eigenthümern des Mainzerhofes wiederholt anerkannt worden sei. Das Miteigenthum stehe ihm daher auch gegenwärtig noch zu und berechtige ihn, den Beklagten an der durch Anlegung des streitigen Fensters über das Objekt desselben getroffenen einseitigen Verfügung zu hindern.

Das Obertribunal stellte im Erkenntnisse vom 5. Mai 1868 das stadtgerichtliche Erkenntniß wieder her.

Aus den Gründen:

Eine gemeinschaftliche Grenzmauer, welche zweien Gebäuden zur Scheidung und zur Stütze dient, ist nicht das Objekt eines einfachen Miteigenthums, welches sich auf ideelle Antheile zurückführen ließe und eine selbstständige Verfügung, wie über jedes andere Miteigenthum gestattete. Ihre Bestimmung charakterisirt die Natur der darauf sich beziehenden Rechtsverhältnisse. Die Gemeinschaftlichkeit begründet zwar einerseits ein Miteigenthumsrecht der angrenzenden Hauseigenthümer. Zugleich ist die Mauer aber auch das Objekt wechselseitiger Dienstbarkeiten, indem sie dem beiderseitigen Eigen-

Digitized by Google

thum zur Grenze, den auf ihr ruhenden und an sie sich lehnenden Gebäulichkeiten zum Anhalt und zur Stütze gereicht. Indem sie so dem beiderseitigen nachbarlichen Bedürfnisse gleichmäßig, nicht nach ideellen Theilen dient, ist die Benutzung des einen Nachbars durch das gleiche Recht des anderen und durch die Rücksichten der Nachbarlichkeit bestimmt und beschränkt.

Es begründet also die Gemeinschaftlichkeit einer solchen zwei Gebäude begrenzenden und verbindenden Scheidemauer einen Komplex von Rechtsverhältnissen, die das nachbarliche Verhältniß beider Gebäude zur nothwendigen Voraussetzung haben und von ihrer realen Grundlage getrennt, nicht gedacht und daher auch nicht, wie ein sonstiges Miteigenthum zum Gegenstande einer selbstständigen Verfügung, Veräußerung, Theilung oder Auseinandersetzung gemacht werden können.

L. 19. § 1 Dig. comm. divid. (10. 3.)

Die Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall ergibt:

Mit dem Abbruche des Tabakshofes hörte das bis dahin bestandene Nachbarverhältniß und somit das durch dieses bedingte Berechtigungsverhältniß auf. Die Seitenmauer des Mainzerhofes — den gemeinschaftlichen Antheil einbegriffen — veränderte thatsächlich und rechtlich ihre Natur. Sie wurde nun die Front nach der neuen Straße, die an die Stelle des früheren Nachbarhauses getreten war. Der Eigenthümer hatte sich mit der Stadt in Bezug auf das Façadenrecht abzufinden. Mit dieser neuen Lage der Dinge war eine Fortdauer der früheren aus dem Nachbarrechte des Eigenthümers des Tabakshofes resultirenden Beschränkungen nicht mehr vereinbar. Es ist rechtlich nicht denkbar, daß der vormalige Eigenthümer des Nachbarhauses, nachdem er aufgehört hat, dies zu sein, dem Eigenthümer des Mainzerhofes in der Benutzung der Seitenwand seines Hauses Beschränkungen sollte auferlegen dürfen, die nur in dem Nachbarrechte, der Gemeinschaftlichkeit, der Berechtigungsverhältnisse wurzeln.

War früher die gemeinschaftliche Scheidewand nicht der Gegenstand eines gewöhnlichen theilbaren und einer selbstständigen Veräußerung unterworfenen Condominii, bestand es seinem Wesen nach

Digitized by Google

in nichts Anderem, als der zweck- und bestimmungsmäßigen Mitbenutzung der Scheidemauer als *solcher*, so hat dies Verhältniß mit dem Augenblicke, wo die Mauer ihre Eigenschaft als Scheidemauer verloren hat, sein Ende erreicht, und zwar positiv und negativ, als Benutzungs- und Untersagungsrecht. Der Nachbar, welcher geblieben ist, hat von der anderen Seite keinen Nachbar mehr, der der Mauer sich zu bedienen, oder dem Andern in deren Benutzung Beschränkungen aufzuerlegen ein Interesse hätte, die nur in dem Mitbenutzungsrechte, oder in der nachbarlichen Freiheit ihren Grund hatten. Eine Fortdauer des Miteigenthums auf Seiten dessen, der jetzt nicht mehr Nachbar ist, zu dem Zwecke, um mittelst desselben den noch verbleibenden Eigenthümer in der Benutzung der Mauer zu beschränken, kann rechtlich nicht mehr gedacht werden. Das Recht hört, wie der erste Richter es zutreffend bezeichnet hat, auf, als selbstständiges Vermögensrecht in Betracht zu kommen, es würde, als fortexistirend anerkannt, in eine mit der Idee des Rechtes nicht vereinbare und durch die Gesetze

L. 38. D. de rei vind. (6. 1.)

reprobirte vexa ausarten.

Die Berechtigung dieser Anschauungsweise muß um so mehr ins Licht treten, wenn man in Betracht zieht, daß der durch die Anlage der Straße für die Angrenzer eingetretene Vortheil schon bei der ursprünglichen Uebereinkunft zwischen dem Kläger oder dessen Rechtsvorgänger und der Stadt ins Auge gefaßt worden ist, und daß man das Mittel gefunden hat, Ersteren dafür eine Vergütung auf dem Wege zuzuwenden, daß die Stadt sich verpflichtete, das an die Stelle der früheren Verhältnisse tretende Façadenrecht nur unter der Bedingung einer dem Kläger zu gewährenden Geldentschädigung zu ertheilen. Diese Geldentschädigung hat der Kläger von dem Beklagten im Jahre 1863 in Empfang genommen. Wenn hierdurch der Beklagte die Befugniß, die Front nach der neuen Straße den veränderten Verhältnissen gemäß zu benutzen, titulo oneroso erwerben sollte, so entspricht es nicht der bona fides, wenn gerade der Kläger ein angebliches Miteigenthum an einem Theile der Mauer zu einer Beeinträchtigung jener Befugniß verwerthen will.

Digitized by Google

Durch seinen Vorbehalt hat Kläger einem Rechte, welches überall nicht oder nicht mit der behaupteten Wirkung besteht, eine Existenz nicht verschaffen können, sowie auch die angebliche Anerkennung Seitens des Vorgängers des Beklagten nicht von Erheblichkeit ist, da dieselbe, abgesehen von ihrer hypothetischen Beschaffenheit, sich doch auch nur auf die Thatsache der früher vorhanden gewesenen Gemeinschaftlichkeit bezog, die aus der veränderten Lage der Dinge sich ergebenden rechtlichen Konsequenzen in Betreff jener Gemeinschaftlichkeit aber nicht berührte und berühren konnte. —

60.

H. gegen seine Ehefrau, Ehescheidung, insbesondere Besuche der Kinder betreffend.

Das Recht der Mutter, mit ihren Kindern während des Scheidungsprozesses zu verkehren, muß zurückweichen vor der stärkeren Rücksicht auf das Wohl der Kinder halber.

Im Erkenntniß vom 24. Juni 1867 stellte das Stadtgericht I. die Besuche der Kinder ein. —

In Erwägung, daß

1) durch die Aussagen der Zeugen, sowie durch den am 25. April 1866 mit den Kindern der streitenden Theile vor der Gerichts-Commission abgehaltenen Termin und den Bericht des Gerichtsboten hinreichend festgestellt ist, daß die gedachten Kinder den von allen Seiten an sie ergangenen Aufforderungen, die Beklagte zu besuchen, einen Widerstand entgegengesetzt haben, der nur durch Anwendung physischer Gewalt zu überwinden gewesen wäre;

2) der Kläger, wie dies schon die Erkenntnisse der beiden höheren Instanzen anerkannt haben, zur Anwendung einer solchen Gewalt nicht verpflichtet war und demselben daher die durch die stadtgerichtlichen Verfügungen vom 4. April, 11. April und 2. Mai 1866 gegen ihn erkannten Geldstrafen zu erlassen sind;

3) das Recht der Beklagten, von ihren Kindern besucht zu werden oder dieselben zu besuchen, wie dies gleichfalls durch das Erkenntniß dritter Instanz bestätigt wird, seine natürliche Begrenzung in der Rücksicht finden muß, daß solche Besuche ohne einen nachtheiligen Einfluß auf die Kinder selbst zu ermöglichen sind;

Digitized by Google

4) diese Möglichkeit aber nach den vorliegenden Umständen als ausgeschlossen betrachtet werden muß, indem es den ungünstigsten Einfluß auf das sittliche, geistige und körperliche Wohl der Kinder äußern müßte, wenn dieselben fortwährend zum Spielballe der Leidenschaften ihrer Eltern gemacht und dadurch in einer beständigen verderblichen Aufregung erhalten würden;

5) der Kläger kraft seiner väterlichen Gewalt zur Erziehung der Kinder berechtigt erscheint und nicht gezwungen werden kann, dieselben lediglich deßwegen in Pensionaten unterzubringen, weil sie die Besuche bei der Beklagten verweigern oder weil er diese Weigerung nicht beseitigen kann;

6) die Beklagte übrigens in ihrer Vorstellung vom 4. Februar 1865 bereits selbst anerkennen mußte, daß der Verkehr mit ihrem Knaben während dessen Aufenthalts in dem H.schen Pensionate mit den größten Mißständen verbunden gewesen sei und daher auch nicht einzusehen ist, was durch die Wiederherstellung solcher Mißstände gebessert werden könnte;

7) daher nichts übrig bleibt, als daß das an und für sich begründete Recht der Beklagten, mit ihren Kindern zu verkehren, während der Dauer des zwischen den Parteien obschwebenden Ehescheidungsprozesses vor der stärkeren Rücksicht auf das Wohl dieser Kinder zurückweiche.

Das Appellationsgericht bestätigte am 30. October 1867 und das Obertribunal am 5. Mai 1868 dieses Erkenntniß.

Gründe.

Der Anschauung der vorigen Richter kann nur beigepflichtet werden. Es wird dabei dem Ergebnisse des Ehescheidungsprozesses nicht vorgegriffen und bleibt die Frage, wer die größere oder geringere Schuld auch dieses besonderen Zerwürfnisses trägt, auf sich beruhen. Es wird auch das natürliche Recht der Mutter, von ihren Kindern nicht getrennt zu werden, an sich nicht verkannt.

Es wird nur der unabweisbaren Nothwendigkeit, dasselbe, um größeren Uebeln vorzubeugen, einstweilen zu suspendiren, Rechnung getragen.

Digitized by Google

Mit dieser Betrachtung erledigt sich Alles, was für die Beklagte gegen den Charakter des Klägers, sowie sonst zur Anfechtung des Urtheils voriger Instanz vorgebracht ist.

B. Rügegericht.

41.

Zu §. 332 des Strafgesetzbuchs.

Beschlüsse, welche das ehemalige Polizeiamt in einer einzelnen Sache erlassen und nur den Betheiligten gegenüber verkündigt hat, können nicht als „Verordnungen oder Vorschriften der Verwaltungsstellen oder Behörden", bezw. als „ortspolizeiliche Vorschriften" weder im Sinne des früher gültigen Frankfurter Polizeistrafgesetzes vom 16. September 1856, Art. 4 sub 11 und Art. 10, noch im Sinne des §. 16 des Gewerbegesetzes vom 12. Januar 1864, noch des §. 332 des preuß. Strafgesetzbuchs, noch endlich der Königl. Verordnung vom 20. September 1867 über die Polizeiverwaltung in den neu erworbenen Landestheilen §. 5 und ff. in Betracht kommen.

Die Nichtbefolgung dieser Beschlüsse kann daher nur dann eine strafgerichtliche Ahndung zur Folge haben, wenn diese Beschlüsse selbst einem Strafgesetz oder einer diesem gleichkommenden Verordnung entsprechen.

Dagegen steht der jetzigen Polizeibehörde gemäß §. 18 der erwähnten Verordnung vom 20. September 1867 die Befugniß zu, auch einzelnen Personen gegenüber Beschlüsse oder Verfügungen zu erlassen, auch für den Conventionsfall Strafen anzudrohen und zu vollstrecken; Zuwiderhandlungen gegen die Beschlüsse sind jedoch keinenfalls Gegenstand des strafgerichtlichen Verfahrens.

Rechtskr. Urtheil i. S. c. Nathan Goldschmidt u. Conf. von hier.

Digitized by Google

Juriſtiſche Geſellſchaft.

Monatliche Rundſchau der gerichtlichen Entſcheidungen.

October 1868.

A. Obertribunal.

61.

Vormünder der Antonie Jöckel, Intervenienten, gegen die Handlung Gebrüder Merck, Interventin, z. S. Gebr. Merck, gegen Birlo'ſche Eheleute, Forderung betr.

1) Die Vormünder eines Kindes, deſſen Mutter zur weiteren Ehe geſchritten, ſind zur gerichtlichen Einſchreitung verpflichtet und legitimirt, falls die Mutter das zur Erziehung des Kindes nöthige und aus dem väterlichen Erbe deſſelben zu erzielende Einkommen fremden Gläubigern des Stiefvaters zuwendet.
2) Mit dem elterlichen Nießbrauche iſt die Verpflichtung des überlebenden parens zur Ernährung und Erziehung, auch Ausſtattung der Kinder aus dem vom vorverſtorbenen parens herrührenden Vermögen verbunden, ganz unabhängig von der natürlichen Alimentationspflicht der Eltern pro modo facultatum: dieſes Recht begründet die Intervention der Vormünder.
3) Die ſtandesgemäße Erziehung iſt nicht nach den jetzigen Verhältniſſen der Birlo'ſchen Eheleute, ſondern nach den perſönlichen Verhältniſſen des Kindes zu bemeſſen.

Die Handlung Gebr. Merck hatte eine Forderung gegen Peter Birlo, wurde aber in deſſen Concurſe nicht befriedigt; ſie klagte hierauf gegen die Ehefrau Birlo, früher verehelichte Jöckel, geb. Flöck, aus deren Bürgſchaft, und erwirkte bei Fiscalat in vim executionis eine Beſchlagnahme auf die der Frau Birlo zuſtehenden Zinſen eines Inſatzkapitals, welches der erſtehelichen Tochter Antonie Jöckel eigenthümlich gehört; hiergegen intervenirten die Vormünder

Digitized by Google

der Antonie Jöckel, indem sie die Aufhebung der Beschlagnahme und die Auszahlung der Zinsen an die Vormünder begehrten.

Das Stadtgericht I. wies am 11. Sept. 1867 die Intervention ab:

Da, wenn auch die Intervenienten als Vormünder der Antonie Jöckel einen Anspruch auf Alimentation ihrer Mündel, resp. auf Conservirung des pfandweise bei der hiesigen Vereinskasse deponirten anderweitigen Vermögens der Mündel durch Verzinsung einer Darlehensschuld der Beklagten gegen die letzteren gerichtlich geltend zu machen befugt sein sollten, doch solches zur Zeit noch nicht geschehen ist und jedenfalls diesem Anspruche an und für sich kein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus den Zinsen des in der gesetzlichen Nutznießung der mitbeklagten Ehefrau Birlo befindlichen Vermögens der Mündel den Gläubigern der Nutznießerin gegenüber zur Seite steht und die Intervenienten sonach auch nicht berechtigt erscheinen, der Interventin, welche ein rechtskräftiges Urtheil gegen die Ehefrau Birlo erwirkt hat, das fragliche Executionsobjekt zu entziehen.

Das Appellations-Gericht hob am 23. December 1867 die Beschlagnahme auf, in Erwägung — — —

2) Daß nach der Rechtsanschauung der Reformation der der überlebenden Ehefrau an dem väterlichen Vermögen ihrer ersteehelichen Kinder eingeräumte Beisitz auf ihrer Stellung als Mutter und auf ihrem Erbfolgerecht als Ehegattin beruht, und daß auf diesem vom Gesetze verschafften Nießbrauche für die hinterlassene Ehefrau zugleich die Verpflichtung haftet, für standesmäßigen Unterhalt jener Kinder Sorge zu tragen,

Orth, Anmerkungen Bd. I., S. 540 bis 543, S. 579;
Seuffert, Archiv. Bd. I., Nro. 330.
vergl. auch Souchay, Anmerkungen Bd. II., S. 875. 951.

3) Daß hiernach der der Beklagten an der fraglichen Hypothek zustehende Zinsengenuß nicht ohne Weiteres zu Gunsten der Interventin, Gegenstand der Execution sein, vielmehr nur insoweit mit Beschlag belegt werden könnte, als die eingehenden Zinsen zum Unterhalte und zur Erziehung der minderjährigen Antonie Jöckel, be-

Digitized by Google

ziehungsweise zur Berichtigung der zu diesem Zwecke eingegangenen Verbindlichkeiten nicht erfordert werden;

Orth, Anmerkungen, 4. Fortsetzung S. 1152 und 1153.
Orth, Rechtshändel Bd. IX., S. 880 flg.
von Adlerflycht, Privatrecht S. 332.
Bender, Privatrecht S. 223.
Urtheil des Appellations-Gerichts vom 9. Februar 1842 in Sachen Roos c. Arnold Debitmasse.

4) Daß es demgemäß Sache der Interventin gewesen wäre, mindestens in dem durch ihr Vorgehen veranlaßten Interventions-Verfahren mit selbstständigen Behauptungen in unter 3 erwähnter Richtung hervorzutreten, die Interventin sich indessen unter Berufung auf ein in thatsächlicher Beziehung durchaus unzutreffendes Präjudicat des O.-A.-G. zu Lübeck,

Römer, Sammlung Bd. III., S. 72,

damit begnügt hat, den Angaben der Intervenienten Widerspruch entgegenzusetzen.

Das Ober-Tribunal bestätigte am 19. Mai 1868 dieses Erkenntniß.

Aus den Gründen:

Die von der Interventin gegen den ganzen Inhalt des Erkenntnisses zweiter Instanz eingelegte Ober-Appellation ist auf 3 Gravamina gestützt, nämlich:

I. wird das Klagerecht und die Legitimation zur Intervention den Jöckel'schen Vormündern bestritten,

sodann

II. wird die rechtliche Begründung der Intervention contestirt,

und endlich

III. darüber Beschwerde geführt, daß zu Gunsten der Intervenienten die sämmtlichen mit Beschlag belegten Zinsen freigegeben und der Execution entzogen worden sind.

Sämmtliche Beschwerden erscheinen jedoch unbegründet.

ad I. Nachdem die Wittwe Jöckel, jetzige Ehefrau Birlo, zur zweiten Ehe geschritten war, verblieb sie zwar in der Verwaltung

Digitized by Google

und der Nutznießung des väterlichen Vermögens ihrer minderjährigen Kinder erster Ehe, es mußten den letzteren aber nach Vorschrift der Frankfurter Reformation (Theil VII., Titel 2, §. 6) an Stelle der Mutter andere Vormünder ernannt werden, und es sind ihnen, wie nicht bestritten ist, in den Personen der jetzt auftretenden Intervenienten anderweite Vormünder bestellt worden. Diese Vormünder haben, wie schon der von ihnen zu leistende Eid

(Reform. Thl. VII., Tit. 2, §. 20)

und die über ihr Amt im Titel 11 daselbst gegebenen Vorschriften nachweisen, für die Person und das Vermögen ihrer Mündel bei eigener Verantwortlichkeit Sorge zu tragen, und insbesondere haben sie die Verwaltung des Vermögens ihrer Mündel, Seitens der Mutter derselben, wenn diese zur zweiten Ehe geschritten ist, zu überwachen und zu beaufsichtigen. Aus diesen Amtspflichten folgt als natürlicher Ausfluß derselben ihr Recht und ihre Pflicht zur Anstellung von Klagen und sonstiger gerichtlicher Vertretung, wenn eine solche erforderlich wird, von selbst. Unzweifelhaft lag im vorliegenden Fall eine gesetzliche Veranlassung zum gerichtlichen Einschreiten der Vormünder vor, da es sich hier darum handelte, diejenigen Nachtheile von der Person der Mündel abzuwenden, welche derselben durch die Bürgschaft ihrer Mutter für Schulden des zweiten Ehemannes erwachsen mußten, indem das zur Ernährung, zur Erziehung und zur Ausbildung des Kindes erforderliche und aus ihrem väterlichen Erbe zu erzielende Einkommen in einer mit den Vorschriften der Reform. Theil V., Tit. 8, §. 9, unvereinbaren Weise fremden Gläubigern ihres Stiefvaters zugewendet, und das Kind mit den Eltern gänzlicher Hülflosigkeit preisgegeben werden sollte, so wie denn bereits ein nicht unerheblicher Theil des Kapital-Vermögens des Kindes zur Zahlung dringender Schulden nach Inhalt der Akten verwendet werden mußte.

Hieran kann selbstredend weder das der Mutter allerdings zustehende Erziehungsrecht, noch der ihr zustehende Nießbrauch an dem väterlichen Vermögen ihres Kindes, noch auch die mangelnde Verpflichtung zur Rechnungsablage über die bezogenen Revenüen etwas ändern. Ebensowenig läßt sich die Legitimation der Vormünder zum gerichtlichen Einschreiten aus der irrigen Schlußfolgerung der Ober-

Digitized by Google

Appellantin bestreiten, wonach dieselben aus der Alimentationspflicht der Mutter das Recht derselben herleiten wollen, sich der zur Erfüllung jener Pflicht gesetzlich bestimmten, und nach Lage der Verhältnisse unumgänglich erforderlichen Einkünfte zum Vortheil der Gläubiger ihres zweiten Ehemannes freiwillig zu entschlagen.

Wenn endlich die Ober-Appellantin hervorhebt, daß die Vormünder, falls die Mutter ihre Erziehungs- und Alimentations-Pflicht nicht erfülle, befugt seien, ihr diese Rechte durch die Ober-Vormundschafts-Behörde entziehen und sich selbst zuweisen zu lassen, so beschränken sich, wie bereits gezeigt, die Obliegenheiten der Vormünder nicht auf eine solche Befugniß, die ihnen allerdings ebenfalls zustehen mag.

(Reform. Theil VII., Tit. 2, §. 4., 7., 11.)

ad II. Es kann der Ober-Appellantin zugegeben werden, daß die Pflicht zur Alimentirung und Erziehung der in der Ehe erzeugten Kinder zunächst und vorzugsweise auf der Person der Eltern ruht, daß sie unmittelbar aus dem Gesetze fließt, und daß sie unabhängig von dem Umstande besteht, ob die Kinder eigenes Vermögen besitzen, an dem den Eltern ein Nießbrauchsrecht gebührt.

Allein hieraus folgt nicht, daß Eltern, welchen ein solches Nießbrauchsrecht zusteht, und welche keine anderen Mittel besitzen, um ihrer Elternpflicht genügen zu können, berechtigt seien, die aus dem Nießbrauch fließenden Revenüen zu anderen, den Kindern fremden Zwecken zu verwenden und sich hierdurch außer Stand zu setzen, ihren Elternpflichten nachkommen zu können. Vielmehr steht es sowohl nach gemeinem deutschen Rechte, als auch nach den Grundsätzen der Frankfurter Reformation und nach der in dieser Beziehung übereinstimmenden, vom Appellationsgerichte bereits bezogenen Doktrin und Praxis steht, daß mit dem elterlichen Nießbrauch an dem den Kindern von dem vorverstorbenen Parens zugefallenen Vermögen die Verpflichtung des überlebenden Parens zur Ernährung, zur Erziehung und selbst zur Ausstattung der Kinder verbunden ist, gleichviel, ob man die Quelle jenes Nutznießungsrechtes in dem statutarischen Erbrecht überlebenden Ehegatten oder in dem Elternrechte zu suchen hat. Dieser Verpflichtung, welche ganz unabhängig von der natürlichen

Digitized by Google

Alimentationspflicht, die die Eltern pro modo facultatum zu leisten haben, besteht, entspricht das Recht der Kinder, aus den Revenüen ihres ererbten, in der Nutznießung des überlebenden Parens befindlichen Vermögens ihre Ernährungs-, Erziehungs- und Ausstattungskosten zu verlangen, wenn es dem nutznießungsberechtigten Ehegatten an sonstigen Mitteln hierzu fehlt, und dieses Recht begründet allerdings die von den Vormündern erhobene Intervention.

Einer Erörterung der Frage, ob die im Genuß des Nießbrauchsrechts befindlichen Eltern qualificirt sein würden, ihren Gläubigern einen solchen Einwand entgegenzusetzen, bedarf es hier nicht, da nicht die Ehefrau Birlo und deren zweiter Ehemann, sondern die Vormünder des Kindes in Vertretung des den letzteren zustehenden Rechtes die Intervention erhoben haben.

Wenn sonach die rechtliche Begründung des Anspruchs der Ober-Appellaten nicht bezweifelt werden kann, so läßt sich auch die factische Begründung desselben durch die bloße Behauptung der Arbeits- und Erwerbsfähigkeit der Ehefrau Birlo mit Erfolg nicht bestreiten, da es bei dem feststehenden Vermögensverfall der Eheleute Birlo an jeder näheren Angabe Seitens der Ober-Appellanten darüber fehlt, daß die Ehefrau Birlo auch eine ihren Verhältnissen angemessene Gelegenheit habe, von ihrer Arbeitskraft Gebrauch zu machen.

ad III. Wenn, wie gezeigt, die intervenirenden Vormünder für die Antonie Jöckel eine standesmäßige Erziehung Seitens ihrer Mutter zu beanspruchen berechtigt sind, so kann bei der Beurtheilung der Frage, was hier als zu einer standesmäßigen Erziehung erforderlich sei? nicht der in Verfall gekommene Vermögenszustand des der ꝛc. Jöckel, sondern nur deren eigene persönlichen Verhältnisse den richtigen Maßstab abgeben.

Hiernach kann für die ꝛc. Jöckel, welche ein nicht unbedeutendes Vermögen besitzt, eine ihrer künftigen Lebensstellung entsprechende Ausbildung beansprucht werden, und in gleicher Weise ist auch für ihren dermaligen Unterhalt zu sorgen.

Nach den vorliegenden Nachweisen hat das Kapital-Vermögen derselben nach Abzug der zur Abtragung dringender Schulden erforderlichen Summe, eine Reduction bis zu — — — fl. erfahren; daß

die der ꝛc. Jöckel zugehörigen, versetzt gewesenen Werthpapiere gegenwärtig keine Zinsen tragen, ist unwidersprochen; und daß außerdem anderes zinstragendes Vermögen vorhanden sei, behaupten die Ober-Appellanten selbst nicht. Unter diesen Umständen erreicht der, der Nutznießung der Ehefrau Birlo unterworfene, Zinsertrag höchstens die Summe von fl. — — —, und daß dieser Betrag bei dem notorischen gänzlichen Vermögensverfall der Eheleute Birlo nicht ganz zum standesmäßigen Unterhalt der Mündel erforderlich sei, kann an und für sich gewiß nicht behauptet werden.

Es hätte also allerdings der Anführung besonderer Umstände Seitens der Ober-Appellanten bedurft, wenn sie eine theilweise Reduction der Ansprüche der Vormundschaft rechtfertigen wollten. Dies ist nicht geschehen, und der dem Appellationsrichter gemachte Vorwurf, daß er, indem er aus diesem Grunde die Freigebung der sämmtlichen mit Beschlag belegten Zinsen angeordnet, die Partheirollen verwechselt habe, ist ein unbegründeter, indem es zur factischen Rechtfertigung der Intervention Seitens der Vormünder genügte, auf die notorische gänzliche Vermögenslosigkeit der Eheleute Birlo und darauf hinzuweisen, daß zum standesmäßigen Unterhalt der Mündel der ganze Zinsertrag des reducirten Kapital-Vermögens der Mündel erforderlich sei.

Die Anführung der Ober-Appellanten,

> daß die beabsichtigte Verwendung eines Theils der mit Beschlag belegten Zinsen zur Deckung einer Forderung der Frankfurter Vereinskasse um deßwillen ungerechtfertigt erscheine, weil für die Forderung der Vereinskasse den Ober-Appellanten gegenüber ein Vorzugsrecht nicht in Anspruch genommen werden könne,

ist gänzlich verfehlt, da es sich hier nicht um ein Vorzugsrecht jener Kasse auf die hier streitigen Zinsen, sondern darum handelt, zu verhindern, daß jene Kasse nicht, von ihrem Faustpfandrecht an den ihr verpfändeten Werthpapieren der Antonie Jöckel Gebrauch machend, dieselben veräußern lasse, und dadurch der Mündel einen unwiederbringlichen Schaden an ihrem Capital-Vermögen zufüge, was zu

Digitized by Google

verhüten, gerade die gesetzliche, bei eigener Verantwortlichkeit der Vormünder zu erfüllende Pflicht derselben ist.

Hiernach stellen sich die sämmtlichen gegen die Entscheidung des vorigen Richters erhobenen Beschwerden als ungerechtfertigt dar; es erledigen sich damit zugleich die von der Ober-Appellantin in Bezug genommenen Gründe des ersten Richters, und es war mithin lediglich auf Bestätigung des Appellations-Urtheils, wie geschehen, zu erkennen.

62.

Feuer-Versicherungs-Gesellschaft Ultrajectum, Klägerin gegen Feuer-Versicherungs-Gesellschaft Providentia, Beklagte, Forderung betr.

Prüfung eines Vertrags nach der Satzbildung und den grammatischen, sowie juristischen Interpretations-Regeln.

Das Ober-Tribunal stellte am 19. Mai 1868 das Erkenntniß des Stadt-Gerichts I. vom 7. Juni 1867, welches die Klage abwies und in der Widerklage auf Zahlung erkannte, unter Aufhebung des Appellations-Erkenntnisses vom 2. October 1867 wieder her.

Aus den Gründen.

Die Entscheidung des Streites, ob die verklagte Providentia für den am 9. Juli 1865 in dem Walde des Kaufmannes Hasenclever bei Remscheid entstandenen Brandschaden zu haften habe, ist von den Vorderrichtern mit Recht vorzugsweise in der Beantwortung der Frage gefunden worden, ob die Haftbarkeit der Verklagten für die von der Klägerin übernommenen Versicherungen in der Rheinprovinz nach dem Vertrage vom 2. Juni 1865 schon sofort nach dem Empfange des ihr gemäß §. 3 und §. 5 des Vertrages zukommenden Prämienbetrags, d. i. am 8. Juli oder erst 4 Tage später, am 12. Juli 1865 eingetreten sei.

Der erste Richter hat die Haftbarkeit der Verklagten vom 12. Juli, der zweite hat dieselbe vom 8. Juli an für vertragsmäßig erachtet.

Dem ersten Richter ist beizupflichten.

I. 1) Die Sorgfalt, welche der Appellations-Richter bei Ge-

Digitized by Google

schäftsführern von Versicherungs-Gesellschaften in der Fassung ihrer Erklärungen voraussetzt, muß vor Allem in so umfassenden Verträgen, wie der vorliegende, unterstellt werden. Geht man hiervon aus, so kann man nicht annehmen, daß in dem entscheidenden Schlußsatze des §. 3:

> „Sollte die Einsendung des Ueberweisungs-Bordereau oder die Abführung des im §. 5 bezeichneten Saldos über die festgesetzten Termine hinaus verzögert werden, so beginnt die Haftbarkeit der Providentia für die übernommenen Versicherungen der Ultrajectum immer erst vier Tage nach dem Termine, an welchem die Einsendung des Bordereau und Abführung des Saldos stattgefunden hat,"

der gewöhnliche Gegensatz in der Bedeutung des disjunctiven oder und des conjunctiven und übersehen und das Wort oder vornherein unabsichtlich und uneigentlich statt des später gewählten und gebraucht worden sei, und zwar in dem Sinne, als ob die Parteien an den doch sehr natürlichen Fall, daß zwar die Ueberweisungs-Bordereau rechtzeitig einträfen, die Baarzahlung des darin gezogenen Saldos aber noch ausbleibe, gar nicht gedacht, sondern nur die Möglichkeit des gleichzeitigen Eintreffens der Zahlung mit dem Bordereau ins Auge gefaßt hätten. Es spricht vielmehr das oder unzweideutig aus, daß man die Einsendung des Ueberweisungs-Bordereau einestheils und die Abführung des Saldo anderntheils als zwei von einander verschiedene Acte berücksichtigte, und daß diese auch der Zeit nach um Tage auseinander fallen könnten, verstand sich sowohl von selbst, als in dem Plurale „festgesetzte Termine" darauf hingewiesen ist. Muß man eine der Partikeln oder und und aus der andern erklären, so ist aus der zuerst, im Vordersatze, gebrauchten auf den Sinn der folgenden und nicht umgekehrt zu schließen. Der ganze Satz verliert damit auch jede Undeutlichkeit: denn auf die Auseinanderhaltung der Verzögerung entweder des Ueberweisungs-Bordereau oder der Zahlung im Vordersatze mußte in dem Nachsatze nothwendig das und stehen, um richtig auszudrücken, daß dem Laufe der viertägigen Frist jene beiden Acte vorausgehen sollten.

Mit dieser Satzbildung und der daraus mittelst der grammati-

Digitized by Google

schen Interpretation sich ergebenden Absicht der Parteien stehen andere Gründe für letztere im Einklange. Denn ein Interesse der Providentia, den Anfang ihrer Haftbarkeit einige Tage vorauszuwissen, läßt sich nicht verkennen, und gibt sich gleichfalls in der Bestimmung des §. 5, verbunden mit dem ersten Satze des §. 3 kund, daß die Zahlung des Saldo eigentlich bei Einsendung des Bordereau, spätestens am 27. Juni, d. i. eben vier Tage vor dem im Allgemeinen auf den 1. Juli bestimmten Anfangs-Termine der Haftbarkeit der Providentia erfolgen sollte. Indem der Schlußsatz der §§. 3 und 7 des Vertrages die Verschiebung des Termins vom 27. Juni auf einen späteren vorsahen, wollten sie die viertägige Frist nicht in einem anderen Momente eintreten lassen, als sie eingetreten sein würde, wenn die Ultrajectum pünktlich ihre prinzipalen Verpflichtungen erfüllt hätte. Wäre es bezweckt worden, der Verzögerung der Zahlung Seitens der Ultrajectum die Wirkung beizulegen, daß nunmehr im Augenblicke derselben die Providentia keine Frist mehr bis zur Uebernahme der Haftbarkeit haben sollte, daß also in der That die Ultrajectum durch die verzögerte Zahlung den augenblicklichen Eintritt dieser Haftbarkeit einseitig hätte bewirken können, so würde es hierzu offenbar einer ganz anderen Stipulation bedurft haben, als sie im Schlußsatze des §. 3, analog dem ersten Satze desselben mit §. 5 zu finden ist. Ja, es hätte dann die Erwähnung der Zahlung bei der Fristbestimmung gar keine Bedeutung. Denn selbstverständlich mußte die Aufstellung des Bordereau der Zahlung des daraus sich ergebenden Saldo vorhergehen und diese nach §. 5 sofort erfolgen, auch ohne in jenem Schlußsatze zweimal hervorgehoben zu werden.

Ließe nichts destoweniger der Vertrag vom 2. Juni 1865 Zweifel übrig, so würde hinsichtlich des Zeitpunktes des Ueberganges der Verbindlichkeit zum Ersatze von Brandschäden doch die dem Uebernehmer derselben günstigere Auslegung vorzuziehen und sowohl nach dieser als nach anderen bekannten Interpretations-Regeln *gegen* die Klägerin, die wegen des Verlustes ihrer Concession in Preußen ihre hiesigen Geschäfte auf die Providentia übertrug und daher, wie auch das Circular des Inspectors Haccius vom 15. Juli ausführt, vorzüglich dabei interessirt und in der Lage war, den Zeitpunkt der Be-

Digitized by Google

freiung von ihren Versicherungen durch die Belastung der Verklagten damit zu bestimmen, der *spätere* Eintritt desselben anzunehmen sein.

L. 38, §. 18, D. d. V. O. 45, 1, L. 99 pr. cod. L. 39, D. de pactis 2, 14.

L. 9. L. 56. D. de R. J. **Art. 1162 des Rhein. Civ.-Ges.-B.**, unter dessen Herrschaft der fragliche Vertrag geschlossen worden ist.

Entscheidend ist indessen nach Obigem der Vertrag an sich schon.

2) Beide Vorderrichter haben jedoch auf die nachfolgende Correspondenz der Parteien ein besonderes Gewicht gelegt, und während der erste Richter darin nur einseitige, somit unerhebliche Meinungsäußerungen der Verklagten im Widerspruche mit dem vorstehenden, auch von ihm adoptirten Verständnisse der Vertragsurkunde erblickte, hat der zweite Richter erst darin den Schlüssel zu seinem entgegenstehenden Verständnisse derselben gefunden.

Da dem erstrichterlichen Verständnisse der Vertragsurkunde beizupflichten war, so müßte die nachfolgende Correspondenz den Schlußsatz des §. 3 daselbst auf eine unzweideutige Weise beseitigen, um die Verklagte für den Waldbrand vom 9. Juli haftbar erklären zu können. Die Parteien müßten eine neue Bestimmung an die Stelle des §. 3 gesetzt oder die Verklagte müßte in bindender Weise auf die ihr nach Empfang des Bordereau *und* der Zahlung gewährte Frist zur Uebernahme der Haftbarkeit verzichtet haben. Allein weder eine neue Uebereinkunft noch ein solcher Verzicht der Verklagten liegt vor, abgesehen davon, ob derselbe Seitens der Klägerin acceptirt worden sei.

Mit Recht vermißt der erste Richter zudem irgend eine Acceptation oder Zustimmung der Klägerin in ihrer Correspondenz *) mit

---

*) In Beziehung auf die zwischen den Parteien oder ihren Vertretern gepflogene Correspondenz und ausgetauschten Erklärungen hatte das Stadt-Gericht Folgendes erwogen:

Wenn es hiernach aber nicht zweifelhaft sein kann, daß die Beklagte in der gedachten Correspondenz ihre Haftbarkeit für die nach dem Tage der Abführung des Saldos, dem 8. Juli 1865, aus den Versicherungen der Klägerin eingetretenen Brandschäden im Widerspruche mit ihrer durch den Vertrag normirten Verbindlichkeiten anerkannt hat, so folgt hieraus allein doch noch nicht, daß sie nun-

Digitized by Google

der Verklagten zu deren gedachten Aeußerungen vom 29. Juni, 5. und 9. Juli 1865 in dem Sinne, welchen Klägerin jetzt darin erblickt, oder eine gleiche Auslegung des §. 3 des Vertrages vor Beginn des jetzigen Streites.

---

mehr auch wirklich für diese Schäden aufzukommen habe. Jenes Anerkenntniß erscheint nämlich dem Vertrage gegenüber als die Uebernahme einer vorher nicht bestandenen Verbindlichkeit oder als ein Verzicht auf das Recht, erst vier Tage nach der Abführung des Saldos für die entstehenden Schäden haften zu müssen. Nach beiden Richtungen konnte aber die zur Begründung einer rechtlichen Verbindlichkeit der Beklagten erforderliche Uebereinstimmung des Willens beider Contrahenten erst durch eine Acceptation der Willenserklärung der Beklagten Seitens der Klägerin bewirkt werden.

Savigny, System, Bd. 4, S. 544—546.

Eine solche Acceptation liegt aber nicht vor. Die Klägerin konnte nämlich zunächst nicht behaupten, daß sie selbst oder eine dritte Person als ihr Stellvertreter die in Rede stehende Erklärung etwa ausdrücklich als mit ihrer eigenen Ansicht übereinstimmend bestätigt habe. Sodann ist aber auch eine stillschweigende Acceptation in keiner Weise indicirt. Einestheils hat nämlich nach der übereinstimmenden Darstellung beider Parteien eine direkte Correspondenz über den Beginn der Haftbarkeit der Beklagten zwischen dieser und der Klägerin selbst in keiner Weise stattgefunden, und andererseits hat der Generalagent der Klägerin, Inspector Haccius, mit welchem allein die Beklagte in der hier in Rede stehenden Beziehung verhandelt hat, sogar durch positive Handlungen eine jener Erklärung der Beklagten geradezu widersprechende Ansicht an den Tag gelegt. Derselbe hat nämlich nicht nur in dem Circularschreiben vom 19. Juli 1865, lange nach dem schon am 9. Juli 1865 in dem Hasenclever'schen Walde zu Ehringhausen stattgehabten Brande, ausdrücklich erklärt, daß sich die Agenten der Klägerin nur wegen der seit dem 12. Juli 1865 eingetretenen Geschäftsvorfälle an den Generalagenten der Beklagten, Ernst Schröder in Köln, zu wenden hätten, sondern er hat auch überdies mittelst seines Briefes vom 22. Juli 1865 ganz speciell anerkannt, daß der Schaden aus dem gedachten Waldbrande noch der Ultrajectum zur Last falle. Er kann daher auch unmöglich jene Erklärung der Verklagten für die Klägerin acceptirt haben, und es bestand demnach auch zur Zeit des Ausbruches jenes Waldbrandes bei noch unveränderter Sachlage keine bindende Willensübereinstimmung in dem der Beklagten ungünstigen Sinne, zwischen den Parteien, so daß die Beklagte freie Hand behielt, bei der späteren Aufforderung zur Uebernahme jenes Waldbrand-Schadens auf die einschlägigen Bestimmungen des Vertrages zurückzukommen und diese Uebernahme abzulehnen.

Das Appellations-Gericht bemerkt über diesen Punkt dagegen Folgendes:

Unter diesen Umständen kommt es auf den von der Klägerin weiter geltend gemachten Klaggrund, daß die Beklagte ihre Verpflichtung, die in dem rheinischen Versicherungsgeschäft vorkommenden Brandschäden vom 8. Juli 1865 an zu tragen, anerkannt habe, nicht mehr an.

Digitized by Google

3) Mußte demnach die Klage schon deßhalb abgewiesen werden, weil sie ihre Begründung in dem Vertrage vom 2. Juni 1865 und späteren wechselseitigen Erklärungen der Parteien nicht findet, Klägerin vielmehr in ihren Behauptungen beweislos erscheint, so kommt es auf die Einrede der Verwirkung des Hasenclever'schen Anspruches durch angebliche Schuld der Klägerin nicht an.

II. Die Herstellung des ersten Erkenntnisses auf die Widerklage ist eine selbstverständliche Folge der Herstellung desselben auf die Hauptklage aus den dargelegten Gründen für die Bestimmung des 12. Juli als des Anfanges der Haftbarkeit der Widerklägerin in Verbindung mit den übrigen unwiderlegten und vom zweiten Richter gleichfalls anerkannten Gründen des ersten Richters in Betreff der Widerklage.

63.

R. W., Implorantin und Oberappellantin, die Bestellung einer cura wegen Verschwendung betreffend.

1. Prüfung der thatsächlichen und rechtlichen Voraussetzung zur Bestellung einer cura prodigi; Bezugnahme auf den deutschen Gerichtsgebrauch; zeitige Vermögenslosigkeit macht die Curatel nicht überflüssig.

Gleichwohl sei hier bemerkt, daß man die vom Stadtgerichte ausgesprochene Ansicht, wonach jener Anerkennung nur um deswillen rechtliche Wirksamkeit mangele, weil dieselbe von der Klägerin nicht acceptirt worden sei, nicht zu theilen vermag. Von einer eigentlichen Anerkennung kann nämlich im vorliegenden Falle um deswillen nicht die Rede sein, weil die Beklagte nicht entfernt die Absicht hatte, sich durch ihre in der Correspondenz ausgesprochene Erklärung selbstständig zu verpflichten, durch sie eine von dem früheren Vertrage unabhängige, vorher nicht bestandene Verbindlichkeit einzugehen, oder auf ein ihr aus jenem Vertrage zugestandenes Recht verzichten zu wollen. Mag man den Vertrag auslegen, wie man wolle, soviel ist klar, daß die Beklagte auch in den Briefen vom 29. Juni, 5. und 9. Juli 1865 den Boden des ursprünglichen Vertrages keineswegs zu verlassen beabsichtigt hat.

Ebensowenig kann man dem vorderen Richter darin beitreten, daß es an einer Annahme der Anerkennung Seitens der Klägerin fehle. Eine stillschweigende Acceptation Seitens der Letzteren würde nämlich schon in dem Umstande zu finden sein, daß die von der Beklagten ausgesprochene Erklärung im Laufe einer wechselseitigen Correspondenz erfolgt und von der Klägerin, welche durch ihren Inspector Georg Haccius Kenntniß jener Erklärung erhalten, ohne jede Widerrede stillschweigend hingenommen worden ist.

Vergl. auch Baehr, Anerkennung S. 167.

Digitized by Google

2. Ober-Tribunal prüft nur die Rechtsverletzung, nicht die Angemessenheit der Curatel (Frankfurter Gesetz vom 7. November 1848, S. 7).

Das Obertribunal bestätigte am 9. Juni 1868 die Erkenntnisse des Stadt-Gerichts II vom 4. December 1867 und des Appellations-Gerichts vom 10. Februar 1868, in Erwägung, daß der angefochtene Bescheid vom 10. Februar dieses Jahres in Uebereinstimmung mit dem Inhalte der Acten den Nachweis enthält, daß Implorantin das ihr im Jahre achtzehnhundert drei und sechzig zugefallene Vermögen von fl. — — — ohne Ziel und Zweck durch Ausgaben verschwendet hat, welche zu dem Betrage desselben weder ihrer Natur noch ihrer Größe nach in Verbindung standen; daß dieser Nachweis auch durch die Ober-Appellationsausführung und deren Anlagen nicht erschüttert zu werden vermag, daß die Folgerung der Vorderrichter,

Implorantin sei zur Verwaltung ihres Vermögens unfähig, demnach einer Abänderung in gegenwärtiger Instanz nicht unterliegt, und die darauf begründete Bestellung einer Curatel über die Implorantin den Gesetzen, namentlich der l. 12 pr. D. de tut. et curat. und l. 1. pr. D. de cur. fur. und deren Anwendung im deutschen Gerichtsgebrauche entspricht; daß endlich auch die Frage:

> ob die zeitige Vermögenslosigkeit der Implorantin die Curatel überflüssig mache und ob die Anordnung der letzteren ihrem Fortkommen schaden könne,

von dem Vorderrichter geprüft und aus rechtlich zutreffenden und im Uebrigen nach §. 7. des Prozeßgesetzes vom 7. November 1848 dem Richter dritter Instanz unzugänglichen Gründen verneint worden sind.

64.

W. Rinn, Intervenient, gegen A. Horwitz jun. und J. Börne, Interventen, z. S. Horwitz und Börne, gegen Brauneck'sche Debitmasse, Forderung betreffend.

Das Vorzugs-Recht der Hypothekargläubiger im Concurse erstreckt sich lediglich auf das ihnen verpfändete Object, soweit das Unterpfand reicht; maßgebend sind die bei Begründung des Hypothekenrechtes gemachten Modalitäten; daher kein Unterschied zwischen Conventional- und Rachtungs-Hypotheken. (Vgl. Rundschau, Jahrg. 1867, S. 102, N° 27.)

Dem Interrenienten steht eine Hypothek von fl. 3500 am

Brauneck'schen Hause zu, welcher Hypothek 11 Pfandrechte mit Vorzugsrecht vorgehen, darunter auch die zwei gerichtlichen Pfandrechte (s. g. Nachtungen) der Interventen von zusammen fl. 898. 41 kr. Da nun nach der Rang-Ordnung im Concurse vom 10. Januar 1837 Hypotheken in die 3. Classe, gerichtliche Pfandrechte aber in die 8. Classe gehören, so verlangt Intervenient aus dem Erlöse des Brauneck'schen Hauses vor den Interventen befriedigt zu werden.

Das Stadt-Gericht I verwies im Erkenntnisse vom 26. August 1867 wegen der Frage der Locirung auf das Rangurtheil und befand in der Sache:

Da die Ueberbesserungshypothek auf den Antheil des Gemeinschuldners an der Behausung nur abzüglich der darauf bereits radicirt gewesenen Hypotheken und richterlichen Pfandrechte bestellt wurde, wie denn auch selbstverständlich eine Sache, in so weit sie mit einem richterlichen Pfandrechte bestrickt ist, weder veräußert noch verpfändet werden darf, hiernach aber, und da der Erlös aus dem gemeinschuldnerischen Antheil an der Behausung die zur Zeit der fraglichen Insatzbestellung bereits bestandenen Hypotheken und richterlichen Pfandrechte noch lange nicht deckt, die hypothekarische Sicherheit des Intervenienten ganz gegenstandlos erscheint, so war Intervenient jedenfalls zu den von ihm gestellten Anträgen nicht befugt.

Das Appellations-Gericht bestätigte am 9. December 1867, das Ober-Tribunal am 23. Juni 1868 dieses Erkenntniß.

Gründe:

Es kann nicht zweifelhaft sein, daß dem Hypothekenrechte des Ober-Appellanten bei seiner Begründung die Modalität mitgegeben worden ist, erst nach Befriedigung der Oberappellaten für ihre mit gerichtlichem Pfandrechte am Hause L. 180 versehene Forderung zur Wirksamkeit zu gelangen.

Da alle Pfandrechte unter Bedingungen errichtet werden können, die in den Gesetzen nicht verboten sind und mit dem rechtlichen Wesen eines Pfandrechts nicht im Widerspruch stehen, so besteht die Hypothek des Oberappellanten nur mit dieser Bestimmung, welche als Gesetz unter den Betheiligten den in Ermangelung eines ab-

Digitized by Google

weichenden Specialtitels eintretenden allgemeinen Gesetzen vorgeht, zu Recht. Denn verboten ist ein solches Uebereinkommen der Parteien, durch deren Willen eine Hypothek errichtet wird, nirgends, und ebensowenig widerstrebt sie dem Wesen des Pfandrechts, namentlich der Untheilbarkeit desselben. Denn diese bedeutet nur, daß das Pfand ganz für die ganze Forderung, wofür es bestellt ist, hafte, keineswegs aber, daß ein Pfandrecht für eine Forderung nicht erst nach dem andern für eine andere Forderung zur Geltung kommen dürfe, sei es vermöge der früheren oder späteren Bestellung oder vermöge einer ausdrücklichen Willenserklärung bei der Bestellung, insofern letztere kein gesetzliches Privilegium und kein schon erworbenes Recht am Pfandobjekte beeinträchtigt. Die Hypothek des Oberappellanten ist also vermöge ihres Titels gerade so mit der ausdrücklichen Beschränkung, erst nach den darin bezeichneten älteren richterlichen Pfandrechten wirksam zu werden, ins Leben getreten, wie sie schon stillschweigend erst nach den älteren conventionellen Hypotheken wirksam werden konnte.

Wenn Oberappellant geltend zu machen suchte, daß sein Pfandvertrag nicht mit den Oberappellaten, sondern nur mit den Hauseigenthümern Brauneck abgeschlossen sei, so übersieht er, daß das dingliche Recht, welches eben jener Vertrag für ihn geschaffen hat, hier in Frage ist und er auch jedem Dritten gegenüber keine andere Hypothek hat, als die von Brauneck ihm verliehene in der ihr mitgegebenen Beschaffenheit. Er hat nicht auf ein Vorzugsrecht verzichtet, sondern keins erhalten, und seine Behauptung in der Schlußerklärung erster Instanz, er habe die Vorzugsrechte der Oberappellaten und übrigen älteren Pfandgläubiger nur für den gewöhnlichen Fall eines Concurses anerkennen wollen, obgleich alle Vorzugsrechte gerade erst in Letzterem von Bedeutung werden, außerdem gleichgültig sind, ist ebensowenig mit der bona fides, als mit dem klar ausgedrückten Willen des Pfandbestellers vereinbar.

Hiernach erscheint die Prüfung, ob Klasse VIII der Rangordnung vom 10. Januar 1837 auch die Nachtungs-Hypothek an Immobilien begreife und in Klasse III die der Zeit nach späteren Conventional-Hypotheken am nämlichen Objekte jenen vorgezogen seien,

Digitized by Google

für den vorliegenden Streit unerheblich. Auch ist über ein Weiteres, als die Beseitigung des Widerspruchs des Oberappellanten gegen den Vorrang der fraglichen fl. 898. 41 kr. vor seiner Forderung, im gegenwärtigen Interventionsprozesse und vor dem Locations-Erkenntnisse nicht zu entscheiden.

65.

Frankfurter Beobachter Nr. 122, 1868, wegen Majestätsbeleidigung.

Der Absatz 2 des §. 365 Str.-Proz.-Ord. steht dem Redacteur oder Herausgeber einer Zeitschrift bezüglich der provisorisch verfügten Beschlagnahme nicht zur Seite.

Die Strafkammer hatte die polizeiliche Beschlagnahme der Nummer 122 vorläufig bestätigt. Der Herausgeber des Blattes, O. Kanngießer, zugleich Redacteur, legte Berufung gegen diesen Beschluß bei der Anklagekammer ein. Die Staatsanwaltschaft bestritt die Befugniß des Appellanten, gegen diesen lediglich vorbereitenden Beschluß Rechtsmittel ergreifen zu dürfen. Die Anklagekammer erkannte jedoch dem ꝛc. Kanngießer dieses Recht zu, wenn auch nicht in der Eigenschaft eines Beschuldigten, so doch in der eines Beschlagnahme-Interessenten, auf Grund der alin. 2 des §. 365 der St.-P.-O. Zugleich wurde ausgesprochen: die analoge Ausdehnung des §. 403 sei durch §. 365 alin. 2 ausgeschlossen.

Auf Beschwerde der Staats-Anwaltschaft hob das Obertribunal unterm 6. Juli 1868 den Beschluß der Anklagekammer auf, a. f. G.:

„Der die Beschlagnahme bestätigende Beschluß der Strafkammer verhält sich als ein vorbereitender, wie zum Strafverfahren überhaupt, so insbesondere zu den Beschlüssen über die Eröffnung der Voruntersuchung und des Hauptverfahrens, und schon aus diesem Gesichtspunkte ist ein Rechtsmittel dagegen nicht zulässig, da §. 403 dies ausdrücklich untersagt.

Insbesondere berechtigt alin. 2 des §. 365 (Befugniß von Zeugen, Sachverständigen und anderen Personen zur Ergreifung des Rechtsmittels) den ꝛc. Kanngießer nicht, den Beschluß anzugreifen, weil das alinea gerade nur auf andere Personen, als den Be-

Digitized by Google

schuldigten, deren Rechte durch eine Verfügung berührt werden, sich bezieht, und Kanngießer dadurch, daß er zugleich Herausgeber ist, keineswegs der Eigenschaft als Beschuldigter entkleidet wird, und das Privat-Interesse, welches die meisten Beschuldigten zugleich nebenher zu vertheidigen suchen, dem öffentlichen Interesse des Strafverfahrens nicht dergestalt Abbruch thun kann, daß er auf Grund desselben eine Befugniß in Anspruch nehmen dürfte, welche ihm als Beschuldigten durch die Straf-Prozeß-Ordnung untersagt ist."

66, 67, 68.

Die übrigen, im Wesentlichen gleichlautenden Urtheile in der Rückfallsfrage sind ergangen

am 14. Mai in Sachen Diegelmann,
„ 6. Juni „ „ Schmenger,
eodem „ „ Seip.

69.

Hohmann, Catharina von hier, wegen Abtreibung der Leibesfrucht und vorsätzlicher Körperverletzung mit nachfolgendem Tode.

Uebertretung zweier Strafgesetze durch eine und dieselbe Handlung. Dolus Verhältniß des §. 182 Str.-G.-B. zu §. 194.

Die Angeklagte hatte der N. N. mit deren Willen durch mechanische Einwirkung die Leibesfrucht abzutreiben gesucht und war die N. N. in Folge der bei Anbohrung der Ovarien erlittenen Verletzung gestorben. Die Geschwornen bejahten beide Fragen und wurde die H. wegen beider, im Verhältniß idealer Concurrenz stehender Verbrechen aus §§. 181 und 194, zu 10jähriger Zuchthausstrafe verurtheilt.

Die Nichtigkeitsbeschwerde machte Folgendes geltend:

„Der §. 194 ist unrichtig angewendet. Es liegt keine ideale Concurrenz, sondern nur ein einziges Verbrechen, die Abtreibung mit Willen der Schwangeren, vor; die Körperverletzung, auf welche die Absicht nirgends gerichtet war, kann nicht besonders bestraft werden. Die Fragstellung ist also nichtig. Es durfte nur Verurtheilung wegen Abtreibung, in maximo mit 5 Jahren, erfolgen. Der eingetretene Tod kann der H. nicht zugerechnet werden, weil dieser Um-

Digitized by Google

ſtand nur in §. 182 (Abtreibung gegen den Willen der Schwangeren) einer beſonderen Strafe unterworfen iſt, nicht aber in §. 181." In dem Plaidoyer vor den Geſchworenen hatte der Vertheidiger u. a. auf die Beſtrafung des Duells mit tödtlichem Ausgang aufmerkſam gemacht und hieraus ein Argument für ſeine Anſicht zu gewinnen geſucht.

Das Obertribunal unter'm 16. Juli 1868 verwarf die Beſchwerde a. f. Gr.:

„Es liegt hier der Thatbeſtand zweier ideal concurrirender Verbrechen vor und der Aſſiſenhof hat gemäß §. 55 St.-G.-B. die Strafe des ſchwerſten Verbrechens (§. 194) in Anſatz gebracht. Hiermit iſt wohl vereinbar, daß das eine Verbrechen, die vorſätzliche Körperverletzung, nur mit der Abſicht verübt worden iſt, dadurch die Zwecke des anderen Verbrechens zu befördern. Daß dies aber das Vorhandenſein zweier ſelbſtſtändiger Verbrechen nicht ausſchließe, iſt ein anerkannter Grundſatz. Damit zerfällt die ganze Deduction der Vertheidigung. Mit Unrecht wird auch aus dem Schlußſatze des §. 182 abgeleitet, daß eine bei Abtreibung ohne den Willen der Schwangeren verübte Körperverletzung ein ſelbſtſtändiges Verbrechen nicht darſtellen könne. Hier iſt die Strafandrohung nur eine Schärfung der gewöhnlichen Strafe der Körperverletzung mit tödtlichem Erfolg; keineswegs aber läßt ſich daraus ſchließen, daß im Fall des §. 181 die mit Abtreibung concurrirende Körperverletzung ſtraflos ſei."

B. Gerichtshof für Competenz-Conflicte.

1) Durch die Verordnung vom 16. Sept. l. J. ſind die preußiſchen Geſetze vom 8. April 1847 und 13. Febr. 1854 in Frankfurt a. M. eingeführt, nicht nur hinſichtlich des Verfahrens bei Competenz-Conflicten, ſondern auch betreffs aller materiellen Vorſchriften wegen Zuläſſigkeit des Rechtswegs.
2) Prüfung des Geſetzes vom 11. Mai 1842: die Klage wegen Störung des Beſitzſtandes und auf Wiederherſtellung des entzogenen Beſitzes wegen durch polizeiliche Maßregeln bewirkten Eingriffs in ein Privatrecht iſt unzuläſſig; das Geſetz geſtattet nur eine Klage auf Entſchädigung.

Auf den von der Königl. Regierung zu Wiesbaden erhobenen Competenz-Conflict in der bei dem Königlichen Stadt-Gericht zu

Digitized by Google

Frankfurt am Main anhängigen Prozeßsache des Senats der Stadt Frankfurt a. M., Imploranten, wider das Königl. Polizei-Präsidium daselbst, Imploraten, betreffend Besitzstörung, erkennt der Königliche Gerichtshof zur Entscheidung der Competenz-Conflicte für Recht:

daß der Rechtsweg in dieser Sache für unzulässig und der erhobene Competenz-Conflict daher für begründet zu erachten.

Gründe.

Am 1. October 1867 ist in der Stadt Frankfurt am Main durch eine Königl. Verordnung an Stelle der bis dahin dort bestandenen städtischen Polizeibehörde eine Königliche unter der Benennung „Königl. Polizeipräsidium" eingeführt und in Folge dessen das städtische Gendarmerie-Corps aufgelöst worden. Diesem gehörten 7 Gendarmeriepferde an und die städtische Verwaltung beabsichtigte, dieselben zur Ersparung der Kosten ihres weiteren Unterhaltes zu veräußern, fragte jedoch bei dem Polizei-Präsidium an, ob dasselbe damit einverstanden sei, daß diese Pferde, sofern sie nicht gegen Erstattung ihres zu ermittelnden Werthes in den Königl. Dienst übernommen werden sollten, zur öffentlichen Versteigerung gebracht würden? und erhielt vom Polizei-Präsidenten von Madai unter dem 5. October zur Antwort, daß jene Pferde in das Eigenthum des Staates übergegangen seien und er in Gemäßheit einer an ihn ergangenen Requisition der Königl. 11. Gendarmerie-Brigade über dieselbe verfügen werde. Seitens der Stadt wurde hiergegen sofort Protest eingelegt, zugleich aber vom Senate der Stadt Frankfurt gegen das Polizeipräsidium bei dem Stadtgerichte daselbst Klage erhoben und auf Grund der Behauptung, daß die gedachten Pferde Eigenthum der Stadt seien, die auch in deren jüngsten Besitze sich befunden habe, dieser aber dadurch, daß das Polizei-Präsidium eins der Pferde nach Hanau habe fortbringen lassen und daß es den Verkauf der übrigen beabsichtige, gestört sei, der Antrag gestellt:

daß dem Königl. Polizei-Präsidium jede weitere Störung der Stadt in dem Besitze der Pferde der vormaligen reitenden Gendarmerie unter geeignetem Rechtsnachtheile und Androhung

Digitized by Google

unterſagt, auch das Polizei-Präſidium für ſchuldig erkannt werden möge, die Stadt Frankfurt wieder in den entzogenen Beſitz des einen Pferdes zu ſetzen, bei Vermeidung zum Erſatze des Werthes des Pferdes und des vollen Intereſſes des verlorenen Beſitzes Liquidation vorbehalten, angehalten zu werden.

Das Stadtgericht leitete die Klage ein und erließ gleichzeitig an den Königl. Polizeipräſidenten die Aufforderung, bei Vermeidung einer ex propriis zu bezahlenden Geldſtrafe von fl. 100 ſich jeder Störung des Beſitzes des Klägers rückſichtlich der 7 Pferde der vormaligen Frankfurtiſchen reitenden Gendarmerie zu enthalten; und da Kläger bald darauf anzeigte, daß Verklagter, des erlaſſenen Befehls ungeachtet, einen Termin zum öffentlichen Verkauf von vier jener Pferde anberaumt habe, ſo ſetzte das Stadtgericht durch Verfügung vom 14. October die Geldſtrafe von 100 fl. feſt und erneuerte das Inhibitorium unter Androhung von 300 fl. Strafe. Der Verkauf der vier Pferde erfolgte dennoch und Kläger änderte nun ſeinen zweiten Klageantrag dahin ab, daß das Königl. Polizei-Präſidium angehalten werde, die Stadt Frankfurt wieder in den Beſitz der fünf ihr widerrechtlich entzogenen Pferde zu ſetzen; doch war ſchon Tags vorher der Plenarbeſchluß der Königl. Regierung zu Wiesbaden vom 15. October ej. eingegangen, durch welchen dieſelbe den Competenz-Beſchluß erhob, und das gerichtliche Verfahren wurde nun eingeſtellt.

In dem Plenarbeſchluſſe führt die Königl. Regierung an, daß, abgeſehen davon, daß die hier vorliegende Meinungs-Differenz mit der Verhandlung über die, in Folge der Einverleibung Frankfurts in den preußiſchen Staat nothwendig gewordene Trennung zwiſchen Staats- und Stadtvermögen Frankfurts zuſammenhänge und auf anderem Wege als durch Klage bei dem dortigen Stadtgerichte ihre Erledigung finden müſſe, — der Königl. Polizei-Präſident lediglich in Ausübung ſeines Amtes und innerhalb der Grenzen deſſelben die Verſteigerung der hier fraglichen Dienſtpferde angeordnet habe, ſonach aber die gegen ihn begonnene perſönliche Verfolgung im Wege des Civilprozeſſes unzuläſſig erſcheine. Unter Berufung auf die Geſetze vom 8. April 1847, 13. Februar 1854 und vom 16. Septbr.

Digitized by Google

1867 (welches letztere den beiden ersteren in den neu erworbenen Landestheilen Geltung verliehen hat) erhebt daher die Königl. Regierung den Competenz-Conflict.

Klägerin hat innerhalb der gesetzlichen Frist und in vorgeschriebener Form über den erhobenen Competenz-Conflict sich erklärt. Sie meint, daß die Streitfragen Hinsichts der Trennung des angeblichen Frankfurter Staatsvermögens von dem der Stadt Frankfurt unmöglich dadurch entschieden werden könnten, daß die Königl. Polizei-Behörde kurzweg sich in Besitz setze, sondern gerade im Rechtswege darüber verfahren werden müsse, und daß hiernächst auch der Competenz-Conflict ungegründet sei, weil nach dem Gesetze über die Zulässigkeit des Rechtsweges gegen polizeiliche Verfügungen vom 11. Mai 1842 derselbe da stattfinde, wo durch eine solche Verfügung ein zum Privat-Eigenthum gehörendes Recht verletzt werde, und das hier in der Klage behauptete sei ein solches, da auch die Störung eines rechtlichen Besitzstandes eine Rechtsverletzung enthalte.

Von dem in dem Plenarbeschlusse auch erwähnten Gesetze vom 13. Februar 1854 könne aber gar nicht die Rede sein, da Kläger nicht behaupte, daß der Königl. Polizei-Präsident seine Amtsbefugnisse überschritten habe.

Von Seiten des verklagten Theils ist eine Aeußerung über den Competenz-Conflict nicht erfolgt.

Das Stadt-Gericht wie das Appellations-Gericht zu Frankfurt erachten den Rechtsweg für zulässig, weil es sich um Eigenthums-Ansprüche handle. Das Stadt-Gericht erhebt außerdem das Bedenken, daß die Gesetze vom 8. April 1847 und vom 13. Februar 1854 in Frankfurt gar nicht ordnungsmäßig publicirt worden seien und deßhalb für Frankfurt a. M. keine gesetzliche Geltung hätten. Auf das erstere Gesetz sei zwar im Art. III der Königlichen, auch für Frankfurt erlassenen Verordnung vom 16. September 1867 hingewiesen, aber jenes Gesetz betreffe doch nur das Verfahren im Falle der Erhebung eines Competenz-Conflicts, und es fehle den Gerichten an genügenden gesetzlichen Vorschriften für die materielle Unterlage des Verfahrens, d. h. zur Beurtheilung der Frage, in welchen Fällen die Königlichen Verwaltungs-Behörden zur Erhebung des Competenz-

Digitized by Google

Conflicts berechtigt seien. Event. folge aber schon aus §. 1 der Verordnung vom 11. Mai 1842, daß der Rechtsweg gegen polizeiliche Verfügungen allemal dann stattfinde, wenn die Verletzung eines zum Privat-Eigenthume gehörenden Gesetzes behauptet werde, wie hier der Fall sei.

Von dem Minister des Innern ist eine Aeußerung über die Sache nicht erfolgt.

Bei der Entscheidung des vorliegenden Falles ist nun zunächst das Bedenken des Stadt-Gerichts zu Frankfurt gegen die Gültigkeit der Gesetze vom 8. April 1847 und vom 13. Februar 1854 für das Gebiet des vormaligen Freistaates Frankfurt ein völlig grundloses, weil die mit Gesetzeskraft versehene Königliche Verordnung vom 16. Septbr. 1867, welche in der Gesetz-Sammlung gehörig publicirt worden (S. 1515) gleich in ihrem Art. 1 bestimmt:

> Ueber Angelegenheiten, welche nach den im Geltungsgebiete des preuß. Landrechtes bestehenden allgemeinen Bestimmungen der Erledigung im Verwaltungswege mit Ausschluß des Rechtsweges unterliegen, findet auch in den, durch die Gesetze vom 20. September und 24. December 1866 Unserer Monarchie einverleibten Landestheilen ein Prozeßverfahren nicht statt. Soweit diesen Bestimmungen zufolge der Rechtsweg nur unter gewissen Voraussetzungen oder Maßgaben zulässig ist, oder Hinsichts des Prozeßverfahrens bei Beschreitung des Rechtsweges . . . . besondere Vorschriften bestehen, finden in den gedachten Landestheilen die nämlichen Maßgaben, Voraussetzungen oder Vorschriften Anwendung.

Im Art. III ist weiter festgesetzt, daß das Verfahren bei Competenz-Conflicten zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden sich nach dem Gesetze vom 8. April 1847 richte, und Art. IV bestimmt, daß die Befugnisse, welche den vorgesetzten Civil- und Militär-Behörden bei gerichtlichen Verfolgungen gegen ihre Untergebenen wegen Amts- und Diensthandlungen nach dem Gesetze vom 13. Februar 1854 zustehen, auch in den Eingangs bezeichneten Landestheilen Anwendung finden.

Hiernach gelten nicht nur die Gesetze vom 8. April 1847 und

Digitized by Google

vom 13. Februar 1854 Hinsichts des Verfahrens bei Competenz-Conflicten und bei Conflicten, sondern auch alle materiellen Vorschriften über die Zulässigkeit des Rechtsweges, welche für das Geltungsgebiet des Allg. Landrechtes bestehen, auch in den neuen Landestheilen, zu denen Frankfurt a. M. gehört.

Von Anwendung des Gesetzes vom 13. Februar 1854 kann aber hier nicht die Rede sein, weil keine Amts-Ueberschreitung des Polizei-Präsidenten von Madai von der Klägerin behauptet ist und die Königl. Regierung zu Wiesbaden nur den Competenz-Conflict erhoben hat, es daher nicht darauf ankommen kann, daß in ihrem Plenar-Beschlusse vom 15. October außer dem Gesetze vom 8. April 1847 auch noch das Gesetz vom 13. Februar 1854 in Bezug genommen worden ist.

Der Competenz-Conflict aber muß für gerechtfertigt erachtet werden, weil die beiden Frankfurter Gerichtshöfe wie die Klägerin sich im Irrthume befinden, wenn sie annehmen, daß der Rechtsweg gegen polizeiliche Verfügungen unbedingt stattfinde, sobald die Verletzung eines zum Privateigenthume gehörenden Rechtes behauptet werde. Der zur Begründung dieser Meinung namentlich vom Stadtgerichte zu Frankfurt angerufene §. 1 des Gesetzes vom 11. Mai 1843 bestimmt:

> Beschwerden über polizeiliche Verfügungen jeder Art, sie mögen die Gesetzmäßigkeit, Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit derselben betreffen, gehören vor die vorgesetzte Dienstbehörde. Der Rechtsweg ist in Beziehung auf solche Verfügungen nur dann zulässig, wenn die Verletzung eines zum Privateigenthume gehörenden Rechtes behauptet wird, und nur unter den nachfolgenden näheren Bestimmungen.

Es kommt also, auch wenn ein Privateigenthum durch polizeiliche Verfügung verletzt worden, doch noch auf die am Schlusse des §. 1 vorbehaltenen näheren Bestimmungen an, wenn über die Zulässigkeit des Rechtsweges gegen eine solche polizeiliche Verfügung geurtheilt werden soll, und diese näheren Vorschriften finden sich in den folgenden Paragraphen des Gesetzes. Hier ist verordnet im §. 2, daß gegen eine polizeiliche Verfügung, durch welche Jemandem eine Verpflichtung auferlegt wird, nur dann, wenn die Befreiung von der-

Digitized by Google

selben auf Grund einer besonderen gesetzlichen Vorschrift oder eines speziellen Rechtstitels behauptet wird, die richterliche Entscheidung sowohl über das Recht zu dieser Befreiung als auch über dessen Wirkungen zulässig ist.

Der §. 3 gestattet aber auch im Falle des §. 2 die Ausführung jener polizeilichen Verfügung, wenn dieselbe nach dem Ermessen der Polizeibehörde ohne Nachtheil für das Allgemeine nicht unterbleiben kann — so lange noch nicht rechtskräftige Entscheidung in dem eingeleiteten Prozesse ergangen ist. Der §. 4 bestimmt dann:

> Steht einer polizeilichen Verfügung ein besonderes Recht auf Befreiung (§. 2) nicht entgegen, es wird aber behauptet, daß durch dieselbe ein solcher Eingriff in Privatrechte geschehen sei, für welchen nach gesetzlichen Vorschriften über Aufopferungen der Rechte und Vortheile des Einzelnen im Interesse des Allgemeinen Entschädigung gewährt werden muß, so findet der Rechtsweg darüber statt, ob ein Eingriff dieser Art vorhanden sei, und zu welchem Betrage dafür Entschädigung gewährt werden müsse.
>
> Eine Wiederherstellung des früheren Zustandes kann in diesem Falle niemals verlangt werden, wenn solche nach dem Ermessen der Polizeibehörde unzulässig ist.
>
> (Der §. 5 spricht von zwei besonderen Fällen, deren keiner vorliegt, und §. 6 von der Vertretungspflicht des Polizeibeamten, dessen Verfügung im Wege der Beschwerde als gesetzwidrig oder unzulässig aufgehoben worden ist.)

Augenscheinlich muß der §. 4 hier zur Anwendung kommen, und dieser gestattet nur eine Klage auf Entschädigung wegen des nach der Behauptung der Klägerin durch die polizeiliche Maßregel bewirkten Eingriffes in ihr Privatrecht, und versagt hierdurch und noch ausdrücklicher in seinem Schlußsatze eine Klage wegen Störung des Besitzstandes und auf Wiederherstellung des entzogenen Besitzes. Da eine solche Klage angestellt worden ist, so muß ihre Unzulässigkeit ausgesprochen werden. Wenn übrigens der auf Wiederherstellung des entzogenen Besitzes der Pferde gerichtete Passus 2 der Klage mit dem Antrage schließt: die Verpflichtung des Königl. Polizei-Präsidii, bei

Digitized by Google

Vermeidung der Verurtheilung zum Ersatze des Werthes der der Klägerin entzogenen Pferde und des vollen Interesses des entzogenen Besitzes Liquidation vorbehalten, zu erkennen, so kann es nach dieser Wortfassung zweifelhaft erscheinen, ob hierdurch schon der Antrag auf Festsetzung der Entschädigungspflicht des Verklagten im Principe gestellt, oder nur die richterliche Androhung, daß diese Verpflichtung eine rechtliche Folge der Nichtbefolgung der auf Wiederherstellung des Besitzes ergehenden Entscheidung sein werde, verlangt worden ist; da aber jedenfalls im Possessorien-Verfahren nicht zugleich aus §. 4 des Gesetzes vom 15. Mai 1842 auf Entschädigung geklagt werden darf, übrigens auch der Antrag auf Erstattung des Werths offenbar nur als eine Folge der Besitzstörung, nicht als ein ohne Rücksicht auf die Besitzstörung bestehender Entschädigungs-Anspruch hingestellt ist, so liegt keine Veranlassung vor, dem Ausspruche über Unzulässigkeit des Rechtsweges einen Vorbehalt Hinsichts einer anzubringenden Entschädigungs-Forderung der Klägerin beizufügen, zumal auch unter den Parteien in dieser Beziehung gar keine Erklärung erfolgt ist Die Entschädigungsfrage bleibt durch die gegenwärtige Entscheidung ganz unberührt.

C. Stadt-Gericht I.

50.

Manes c. Kruthoffer. Es ist richtig, daß der Pfandgläubiger während des Pfandnexus eine von dem Pfandschuldner auf das Pfandobject bestellte, dessen Werth verringernde Servitut nicht anzuerkennen braucht;

Sintenis, Handbuch S. 543 und 645,

Holzschuher, Theorie u. Casuistik, Bd. II., pag. 601.

und es kann auch Kläger dieser Berechtigung nicht für verlustig erachtet werden, weil sein Pfandrecht durch Confusion erloschen ist, da es als actenmäßig zugestanden erscheint, daß er die Wild'sche Liegenschaft ja gerade zur Wahrung seiner Rechte als Hypothekargläubiger

Digitized by Google

in dem von dem vorgehenden Insatzgläubiger eingeleiteten Zwangsverfahren gesteigert hat. Dem Kläger ist daher der Beweis seiner Behauptung zu gestatten, daß seine Behausung durch die fragliche Servitut eine Werthverringerung von fl. 1000. oder welche geringere erhebliche erleide.

Stadt-Gericht I. den 1. September 1868.

51.

Siebert c. Ehemann. Beklagter macht noch eine Reihe von Gründen geltend, die ihn zur einseitigen vorzeitigen Aufhebung des Lehr-Vertrags berechtigt hätten; diese einseitige Vertrags-Aufhebung will jedoch die Klägerin unter Berufung auf Art. 62 des H.-G.-B. nicht gelten lassen, weil Beklagter zu einer solchen eigenmächtigen Aufhebung nicht befugt sei, sondern dieselbe, wenn sie von rechtlicher Wirkung sein sollte, auf dem Wege der gerichtlichen Klage hätte herbeiführen müssen; es kann indessen dieser Auslegung des Art. 62 nicht beigestimmt werden, vielmehr hat die in demselben enthaltene gesetzliche Vorschrift nur den Sinn, daß wenn später über die Rechtmäßigkeit der von Seiten des einen Theils vor Ablauf der bestimmten Zeit ins Werk gesetzten einseitigen Auflösung des Dienstverhältnisses unter den Betheiligten Streit entsteht, der Richter nach seinem auf die besonderen Verhältnisse des einzelnen Falles gegründeten Ermessen die Frage zu prüfen hat, ob die solchergestalt bewirkte Auflösung des besonderen Vertragsverhältnisses als gerechtfertigt angesehen werden könne.

Mauro in Busch Archiv III., S. 249.
Voigtel, ebenda, S. 458.
Erk. des Obertribunals Berlin ebenda IX., S. 128.
Erk. des App.-Ger. Dresden, ebenda IX., S. 386.

Stadt-Gericht den 7. September 1868.

D. Stadt-Gericht II.

7.

Auf eine von den Adolf Strauß und Anton Franz Metzger'schen Eheleuten, als Verkäufern bezw. Käufern des Hauses A XII, gegen die Transscriptionsbehörde geführte Beschwerde wurde unter dem 28. August 1868 erkannt, daß bei Transscribirung des Hauses A XII auf Grundlage der von den Beschwerdeführern vorgelegten Verträge von der (von der Transscriptionsbehörde) für erforderlich erachteten Zustimmung des Insatzgläubigers abzusehen ist. Die Entscheidungsgründe führen das Folgende aus:

Daß der Eigenthümer einer Liegenschaft durch ein auf derselben haftendes Pfandrecht in der Veräußerungsbefugniß beschränkt sei, so daß er nur mit Einwilligung des Gläubigers sein Eigenthum übertragen könnte, wird von der Transscriptionsbehörde nirgends behauptet, und fände eine solche Behauptung durch Hinweisung auf die in unserem Particularrecht nicht abgeänderten Grundsätze des gemeinen Rechts ihre Widerlegung.

Nach diesen Grundsätzen ist der Eigenthümer einer verpfändeten Liegenschaft durch das Pfandrecht an der Veräußerung (Weiterverpfändung, Verkauf u. s. w.) in keiner Weise gehindert, nur kann er unter allen Umständen nicht mehr Rechte übertragen, als er selbst noch besessen hatte, d. h. die verkaufte Liegenschaft geht, mit der Last des Pfandrechts versehen (cum sua causa), an den neuen Eigenthümer über, wie dies bei dem Eigenthumswechsel der mit anderen dinglichen Rechten (Servituten u. s. w.) belasteten Grundstücken auch der Fall ist. So wenig es bei Constituirung einer Hypothek erforderlich ist, daß Schuldner und Eigenthümer (Verpfänder) in derselben Person sich vereinigen, ebensowenig kann der Pfandgläubiger es hindern, daß das Unterpfand während der Dauer seines Pfandrechts in Besitz oder Eigenthum eines Dritten übergeht; durch einen solchen Uebergang werden seine Rechte nicht alterirt; die dingliche Pfandklage ist statthaft contra quem cunque possidentem und die persönliche

Digitized by Google

Schuldklage nach wie vor gegen den ursprünglichen Verpfänder vorhanden.

Vergl. z. B. l. 12 u. l. 17, C. de distr. pign. (8, 27);
l. 18, §. 2, D. de pign. act. (13, 7);
l. 4, C. de evict. (8, 45);
l. 10, C. de rem. pign. (8, 26);
l. 15, C. de pign. et hyp. (8, 14);
l. 3, C. ut in poss. legat. vel. fid. (6, 54);
l. 35, §. 1, D. de donat. (39, 5) u. a.

Holzschuher, Theorie u. Casuistik, Bd. II, §. 130, 1;
Bangerow, Leitfaden I, §. 384.

Die Existenz des auf dem verkauften Hause haftenden Pfandrechts hat hiernach den Uebergang des Eigenthums auf die Käufer nicht verhindern können.

Es frägt sich nun, ob wirklich, wie die Transscriptionsbehörde vermeint, vor Umschreibung des mit der Hypothek belasteten Hauses, auf die nunmehrigen Eigenthümer die Genehmigung des Insatzgläubigers „im Interesse der Klarheit und Zuverlässigkeit der öffentlichen Insatzbücher" dringend geboten ist und ob ein solches Verlangen „durch feststehenden Gerichtsgebrauch" sanctionirt erscheint.

Zunächst ist bei Prüfung dieser Frage hervorzuheben, daß alle Verordnungen und Gesetze, durch welche nach und nach das Institut und der gegenwärtige Zustand der Transscriptions- und Hypothekenbücher ausgebildet wurde, keinerlei Bestimmung enthalten, durch welche eine so tief einschneidende Abänderung des materiellen Rechts herbeigeführt worden ist. Wenn auch die Verordnung vom 21. Febr. 1743,

Beyerbach, Seite 81,

es unter Anderem rügt, daß neue Besitzer es ungebührlicher Weise unterlassen, die von den vorigen Besitzern herrührenden Insätze obliegender Maßen auf sich einschreiben zu lassen und eine solche Verschweigung früherer Insätze mit Strafe bedroht wird: so erklärt sich dies aus dem damaligen Mangel von Transscriptionsbüchern und aus der damaligen Einrichtung der Insatzbücher, in welche nur diejenigen Liegenschaften eingetragen wurden, auf welche Insätze bestellt werden sollten. Die Strafandrohung hatte überdies ausgesprochener

Digitized by Google

Maßen nur den Zweck, das betrügerische Verschweigen bestehender, aber aus dem Insatzbuch nicht ersichtlicher Hypotheken zu verhindern, ist daher nur eine verschärfte Wiederholung der Bestimmung in Reform. X. I. §. 4, und die Ueberschreibung des Insatzes auf den Namen des neuen Besitzers als Schuldners sollte hiernach offenbar nur da erfolgen, wo derselbe, wie allerdings regelmäßig der Fall, in das ganze durch die Hypothek gesicherte persönliche Schuldverhältniß des früheren Besitzers wirklich eintrat.

Auch in den späteren Verordnungen vom 4. April 1782 und 22. März 1787 über die Errichtung von Flur- und Lager-Büchern,

Beyerbach, Seite 82 und 84,

in den Verordnungen vom 3. Febr. 1801 und 28. April 1801,

Beyerbach, Anhang Seite 3045 u. folg.,

und in dem Gesetz vom 16. März 1820,

Ges.- u. Stat.-Samml. Bd. II, S. 197,

ist nirgends vorgeschrieben, daß der Erwerber einer verpfändeten Liegenschaft auch in das persönliche Schuldverhältniß seines Autors eintreten müsse und daß er zur Umschreibung der Liegenschaft auf seinen Namen der Genehmigung des Pfandgläubigers auch dann bedürfte, wenn eine Liberirung des früheren Eigenthümers gar nicht beabsichtigt ist.

Zu einer solchen ausdrücklichen Vorschrift hätten aber die Verfasser, namentlich des Gesetzes vom Jahr 1820, alle Veranlassung gehabt, wenn sie eine solche Vorschrift im Interesse der Zuverlässigkeit der öffentlichen Grund- und Ersatzbücher für nothwendig erachtet hätten.

Im Art. 4 dieses Gesetzes ist nämlich vorgeschrieben, daß bei jedem Eigenthumswechsel die Umschreibung auf den neuen Erwerber binnen vier Wochen unter Vorlage der Rechtstitel zu beantragen und instructionsgemäß sofort vorzunehmen ist. Da nun unbestrittener Maßen nach gemeinem dahier geltenden Rechte zum bloßen Uebergang des Eigenthums einer verpfändeten Liegenschaft die Genehmigung des Pfandgläubigers nur dann erforderlich ist, wenn der Eintritt des neuen Erwerbers in das gesammte Schuldverhältniß als Bedingung des Eigenthumsübergangs stipulirt ist: so kann bei dem

Digitized by Google

Mangel jeglicher das materielle Recht abändernden gesetzlichen Bestimmung die Umschreibung auf den Namen des neuen Eigenthümers in Fällen, wie der vorliegende, nicht von dem Willen des Pfandgläubigers abhängig gemacht werden, der auf das Factum des Eigenthumsübergangs ganz einflußlos bleibt. Das Unterlassen der Umschreibung würde der Vorschrift im Art. 4 direct zuwiderlaufen und ihrem Zweck, den wahren Eigenthümer jedes Grundstücks aus dem Transscriptionsbuch stets ersichtlich zu machen, geradezu vereiteln.

Die Transscriptionsbehörde stützt nun ihre Weigerung, die Transscription des Hauses vorzunehmen, auf die Behauptung, daß die Zustimmung des Insatzgläubigers ein durch feststehenden Gerichtsgebrauch sanctionirtes Erforderniß sei.

Ganz abgesehen von der Frage, ob der usus fori als Rechtsquelle auch da anzuerkennen ist, wo es sich nicht blos um die Interpretation oder die Ergänzung von Rechtssätzen, sondern um die Abänderung bestehender Rechtsvorschriften handelt, und ob deßhalb wirklich, wie die Transscriptionsbehörde vermeint, dem behaupteten Gerichtsgebrauch eine derogatorische, das mit den öffentlichen Hypothekenbüchern unbekannte römische Recht „abändernde" Kraft einzuräumen sei: so erscheint die Existenz des behaupteten Gerichtsgebrauchs keineswegs erwiesen.

Wenn man auch einer bei der Transscriptionsbehörde seit langen Jahren festgehaltenen Uebung selbst da nicht alle Bedeutung absprechen will, wo niemals der höheren Instanz Gelegenheit geboten war, auf diese Uebung in der Geschäftsbehandlung berichtigend einzuwirken: so kann doch offenbar eine bisher bei dieser Behörde vorherrschend gewesene rechtliche Ansicht nicht factisches Recht geworden sein, wenn sich bei näherer Untersuchung herausstellt, daß jene rechtliche Ansicht von Anfang an eine unbewußt falsche, mit dem bestehenden Recht unvereinbare gewesen ist. Durch eine bisherige Uebung konnte wohl die Vermuthung für die Richtigkeit der stets befolgten Ansicht entstehen; es ist aber diese Uebung zu verlassen, sobald sich der Richter von der Unrichtigkeit der bisherigen Rechtsanschauung überzeugt hat.

Eine unrichtige constante Anwendung des Gesetzes ist, selbst

Digitized by Google

wenn sie seit Menschengedenken in den Gerichten üblich war, kein Gerichtsgebrauch in dem Sinne einer rechtserzeugenden Praxis.

Puchta, Vorlesungen, §. 16, ad 2;
Sintenis, Civilrecht, 2. Aufl., Bd. I, §. 3, S. 39.
Wächter, Würtemb. Privatrecht, Bd. II, S. 40 folg.

Aber auch für die behauptete Uebung sind keine Beweise beigebracht. Es kommt der Natur der Sache nach nur äußerst selten vor, daß bei dem Verkauf von verpfändeten Liegenschaften der Verkäufer Schuldner des Hypothekargläubigers bleiben will, die wenigen überdies nicht namhaft gemachten Fälle, in welchen auch bei solcher Sachlage die Umschreibung auf den Käufer von der vorgängigen Zustimmung des Gläubigers abhängig gemacht worden sein mag, sind sicher nicht im Stande, einen feststehenden Gerichtsgebrauch zu bekunden; in den weitaus meisten Fällen wird der Verkäufer verlangen, daß der Käufer sich mit dem Gläubiger verständigt und durch Eintritt in das ganze Schuldverhältniß ihn von jeglicher Haftung für die Schuld liberire. Hier ist zu der erforderlichen Expromission **Einwilligung des Gläubigers absolut erforderlich.**

Dies, aber auch nicht mehr, bezeugen

Franck, Uebersicht des Hypothekenwesens, §. 112, und
Bender, Privatrecht, pag. 266,

auf welche die Transscriptionsbehörde allein sich zu berufen vermochte. Sie verlangen Einwilligung des Gläubigers zur Umschreibung des Insatzes auf einen neuen **Schuldner.** In Fällen, wie der vorliegende, soll aber der Käufer gar nicht Schuldner werden; der Verkäufer allein bleibt Schuldner, und für dessen Schuld haftet das Eigenthum eines Dritten kraft der dem Gläubiger neben seiner persönlichen Forderung aus der Hypothek zustehenden Obligatio rei. Der Käufer tritt in gar kein directes Schuldverhältniß zu dem Insatzcreditor; er kann es nur nicht hindern, daß dieser sich für seine Forderung an den früheren Eigenthümer aus dem ihm verpfändet bleibenden Unterpfand bezahlt macht.

Es läßt sich auch nicht einsehen, weßhalb die Statthaftigkeit eines solchen Verhältnisses im Interesse der Klarheit und Zuverlässigkeit öffentlicher Insatzbücher zu bezweifeln sei. Die Rechte des

Digitized by Google

Gläubigers werden durch eine Uebereinkunft, wie die vorliegende, in keiner Weise verletzt, die Rechtsverfolgung ihm nicht erschwert, höchstens hat er seiner gegen den Schuldner gerichteten Insatzklage ein weiteres für den Eigenthümer des Pfandobjects bestimmtes Duplicat beizulegen; die eventuelle Rückstandsklage bleibt ihm gewahrt.

Unklarheit kann in den Insatzbüchern nicht einreißen, da es ja ohnedies vorkommt, daß ein Eigenthümer für eine fremde Schuld seine Liegenschaft verpfändet, ohne deßhalb Solidarschuldner, oder auch nur persönlicher Bürge zu werden. Jeder etwaigen Unklarheit wird übrigens vorgebeugt, wenn auch in dem Insatzbuch nach stattgehabter Transscription des Unterpfands von diesem Vorgang Notiz genommen wird, und dann bleibt es dem Gläubiger unbenommen, die gleiche Vormerkung sich seinem Insatzbrief beischreiben zu lassen.

Wollte die Transscriptionsbehörde ihre behauptete bisherige Praxis beibehalten, so würde dies nur dahin führen, daß derartige Rechtsverhältnisse, wie das vorliegende, deren factische und rechtliche Existenz doch keinesfalls verhindert werden kann, zwar bestehen, aber mit dem Inhalt der öffentlichen Grundbücher nicht übereinstimmen, daß trotz der Vorschrift in Art. 4 des Gesetzes vom 16. März 1820 manche verkaufte Liegenschaften auf den Namen eines früheren Eigenthümers eingetragen blieben; die Sicherheit der Grundbücher würde dadurch nicht vermehrt, sondern gemindert.

Anm. der Red. Daß die Rechte des Gläubigers durch eine Veräußerung des Unterpfandes nicht alterirt werden, muß man gewiß mit dem Stadt-Gericht anerkennen, insofern man dabei lediglich den civilistischen Inhalt dieser Rechte im Auge hat. Anders aber ist es, wenn man den ökonomischen Werth dieser Rechte in Betracht zieht. Dieser Letztere nämlich kann durch die Substitution eines liederlichen Hauswirths im Eigenthume des Unterpfandes nicht nur beträchtlich leiden, sondern geradezu zerstört werden. Aus diesem Gesichtspunkte war die bisherige Uebung heilsam, und ist sie vielleicht legislatorisch empfehlenswerth. Jedenfalls wird es fortan die Vorsicht der Kapitalisten empfehlen, die Fälligkeit ihrer Hypotheken für den Fall eines Eigenthumswechsels zu stipuliren. M.

Digitized by Google

E. Steuerwesen.

3.

Cassel, den 26. September 1868.

Zur Nachlaßsache des am 21. Juni d. J. daselbst verstorbenen N. N. wird ergebenst bemerkt, daß dem zum Universalerben instituirten unehelichen Sohne des Erblassers für seinen Erbanfall der Anspruch auf Stempelfreiheit nicht zur Seite steht.

Stempelfreiheit steht nämlich in Bezug auf den väterlichen Nachlaß gesetzlich nur solchen unehelichen Kindern zu, welche nachfolgend durch gültige Ehen legitimirt sind. Dagegen haben natürliche, aber gesetzlich anerkannte Kinder, worunter im gesetzlichen Sinne nur Kinder zu verstehen sind, welche entweder mit einer förmlich verlobten Braut erzeugt sind, oder die durch Legitimation auf Antrag des Vaters die Rechte und Pflichten ehelicher Kinder erhalten haben, von dem, was sie vom Vater erben, die Steuer mit 2% zu entrichten. Alle übrigen unehelichen Kinder können bei dem, was sie vom Vater erben, auf den Steuersatz von 2% keinen Anspruch machen.

Sie wollen daher innerhalb einer gesetzlichen Frist ein vollständiges Vermögens-Verzeichniß aufstellen und einreichen, sowie urkundlich nachweisen, daß der Universalerbe die Rechte und Pflichten eines ehelichen Kindes im Sinne der obigen Auseinandersetzung erhalten hat, wenn nur der Steuersatz von 2% auf dessen Erbschaft angewandt werden soll.

Der Stempel-Fiskal, Regierungs-Assessor
gez. **v. Loetz.**

An
den Anwalt Herrn **Dr. Julius Friedleben**
Wohlgeboren
Frankfurt a. M.

Anm. Der Erbe ist ein durch den Senat plene legitimirter natürlicher Sohn des Erblassers und wurde eben deßhalb die Befreiung von der Steuer von ihm in Anspruch genommen. Die höheren Instanzen werden um Remedur angegangen.
M.

Digitized by Google

F. Rügegericht.

42.

In Untersuchungen wegen Steuerdefraudationen ist von dem Strafgericht nur auf die gesetzliche Strafe und auf Confiscation des betr. Objects zu erkennen; die von der Strafe unabhängige Verpflichtung zur Nachzahlung der umgangenen Steuergefälle kann dagegen kein Gegenstand einer gerichtlichen Entscheidung sein.

Rechtskr. Urtheile des Rügegerichts i. S. c. Conrad Schnee von Oberrad und Joseph Geuer aus Höchst; vergl. auch Ministerialverfügung vom 4. Juni 1868, Justizministerialblatt N° 46, S. 233.

43.

Wenn bei einem Vergehen oder Verbrechen, welches nur auf den Antrag einer Privatperson verfolgt werden kann, die zum Antrag berechtigte Person innerhalb drei Monaten, nachdem sie von dem Vergehen oder Verbrechen und von der Person des Thäters Kenntnisse erhalten hat, einen Strafantrag bei dem Polizeipräsidium stellt, so ist dadurch die in §. 50 des Str.-G.-B. bestimmte Präklusiv-Frist gewahrt.

Urtheil des Rügegerichts vom 10. August 1868.

Dasselbe wurde bestätigt durch

Urtheil der Strafkammer vom 24. September 1868

und dabei bemerkt, daß die Frist jedenfalls dann gewahrt sei, wenn die Polizeibehörde innerhalb der 3 Monate den Strafantrag an die Staatsanwaltschaft gelangen läßt.

Anthes c. Heilmann.

Rechtskräftig.

Digitized by Google

44.

Zu §. 105 des Strafgesetzbuchs.

Die Bezeichnung „Professor" ist in Deutschland ein Titel, dessen Annahme stets eine höhere Verleihung voraussetzt. In den Ländern französischer Zunge ist dagegen das Wort „professeur" an sich durchaus kein Titel, welcher besonders verliehen wird, sondern nur ein gewählter Ausdruck für maitre, Lehrer; insbesondere wird damit der Lehrer eines bestimmten einzelnen Lehrfaches bezeichnet.

Wenn daher ein Preuße auch unter Prädicaten, wie: professeur de latin et grec, au pension u. s. w. an auswärtigen Lehranstalten beschäftigt gewesen ist, so darf er doch nicht ohne weitere höhere Genehmigung im Inlande den Professortitel führen, wobei es nicht relevirt, ob er sich Professor oder professeur nennt.

Da übrigens die Verletzung des §. 105 des St.-G.-B. ein Vergehen ist, dessen gesetzliche Ahndung stets einen strafrechtlichen dolus voraussetzt, so wird die Strafbarkeit lediglich durch den Nachweis bedingt, daß Jener von der Rechtswidrigkeit der Führung des fragl. Titels sich bewußt gewesen ist.

Rechtskr. Urtheil i. S. c. C. A. Zimmermann von Cöln.

45.

Das Verbot des unbefugten Gebrauchs eines anderen Namens ist nicht auf Familien-Namen beschränkt.

Auch die Führung eines falschen Vornamens ist nach §. 105 strafbar, wenn dieselbe in rechtswidriger Absicht geschieht.

Rechtskr. Urtheil i. S. c. Apollonia Müller von Cronberg.

Digitized by Google

Juristische Gesellschaft.

Monatliche Rundschau der gerichtlichen Entscheidungen.

November 1868.

A. Obertribunal.

70.

Moritz Karo zu Berlin, Kläger gegen Moritz von Haber, von Carlsruhe, dahier wohnhaft, Beklagten, Forderung betr.

Nur die hier mit Immobilien genugsam begüterten Bürger, nicht aber auch die hier Immobilien besitzenden Fremden sind von der Proceßkostencaution befreit.

Der Beklagte hat sich durch Vertrag vom 12. März 1865 verbindlich gemacht, dem Kläger für seine bei Placirung des von dem Ersteren übernommenen Prioritätsanlehens der Rjäsan-Kozloff-Eisenbahn-Gesellschaft im Betrage von Rthr. 10,800,000 geleistete und noch zu leistende Dienste von der ihm zugesicherten Provision von 4% resp. 3 ¼% den vierten Theil abzutreten, resp. zu zahlen, und zwar sobald die fragliche Provision ihm Seitens des Herrn Paul von Derwiß, resp. der künftigen Direction der Rjäsan-Kozloff-Eisenbahn selbst gezahlt sein wird.

Nach umständlicher Prüfung des Vertrags und der Correspondenz verurtheilte das Stadtgericht I. am 3. Mai 1867 den Beklagten zur Zahlung von 28,748 Thlr. 11 Sgr. sammt Zinsen und Kosten. Dieses Erkenntniß bestätigte das Appellationsgericht am 7. October 1867 und das Obertribunal am 7. Juli 1868.

Aus den Gründen.

Die Beschwerde wegen der dem Verklagten auferlegten Leistung der Caution für die Kosten betreffend.

Die Beschwerde erscheint nicht begründet. Wenn nach dem klaren und bestimmten Wortlaute der Reformation §. 1 Tit. XVI. nur die eingesessenen Bürger von der Cautionsleistung befreit sind, so ist diese Befreiung an die Eigenschaft des Bürgers geknüpft und es muß hierin eine partikularrechtliche, vom gemeinen Rechte abweichende Bestimmung um so mehr gefunden werden, als das Wort „Bürger", der älteren städtischen Verfassung gemäß, den Gegensatz zu anderen Einwohnern der Stadt bezeichnet. Mit Recht hat daher der Appellationsrichter, welcher überdies die Uebereinstimmung der bisherigen Praxis mit der wörtlichen Auslegung bezeugt, den Beklagten zur Cautionsleistung für verbunden erachtet.

71.

Joh. Nic. Dotzert, Kläger gegen den Curator und Contradictor der Debitmasse des Leonhard Hirsch, Beklagten, Reclamation betreffend.

Zur Vindication gehört, daß ein perfectes Rechtsgeschäft und Tradition des Kaufobjectes vorhanden ist. Ist die Uebergabe bereits durch ein constitutum possessorium bewirkt worden, die Perfection des Kaufgeschäftes aber erst von dem Eintritt einer zukünftigen Thatsache abhängig gemacht, so kann beim Eintritt dieser Bedingung der Zeitpunkt des Eigenthumsübergangs nicht auf den Abschluß des Constitutums zurückbezogen werden, da die rückwirkende Kraft einer erfüllten Bedingung nur für die rechtlichen Folgen aus thatsächlichen Verhältnissen, nicht aber für Thatsachen selbst, zu welcher die Tradition gehört, gelten kann.

Ist daher der Verkäufer vor Erfüllung der Bedingung in Concurs gerathen, so ist die rei vindicatio gegen den Curator unstatthaft.

Zwischen den Parteien ist unbestritten, daß der Kläger zu Gunsten der Handlung Wörner & Hirsch, deren Inhaber der Gemeinschuldner Hirsch zur Zeit des Ausbruches seines Fallimentes war, im Februar 1865 einen Wechsel über fl. 2000 gegen Acceptation eines Wechsels über den gleichen Betrag von Seiten der Handlung Wörner & Hirsch zu Gunsten des Klägers acceptirt hat und daß

Digitized by Google

der Kläger diesen später mehrmals prolongirten Wechsel einlösen mußte, während er selbst aus dem ihm acceptirten Gegenwechsel keine Befriedigung erlangen konnte. Ferner ist durch Urkunden erwiesen, daß F. Wörner und L. Hirsch am 2. Februar 1865, zu welcher Zeit dieselben Inhaber der Firma Wörner & Hirsch waren, dem Kläger zu dem Zwecke, daß er gegen jeden Nachtheil aus der Acceptation jenes Wechsels gesichert sei, eine Schnellpresse aus der Fabrik zu Johannisberg und zwei Handpressen für den Preis von fl. 2000 in der Weise verkauft haben, daß sie Besitz und Eigenthum daran auf ihn übertrugen und die Pressen zu ihrem ferneren Gebrauche als Miether gegen einen jährlichen Miethzins von fl. 100 unter dem Vorbehalte an sich behielten, dieselben während dreier Jahre für fl. 2000 zurückkaufen zu dürfen. Gleichzeitig verpflichtete sich der Kläger durch einen Revers unter der Erklärung, daß er den Kaufpreis nicht bezahlt habe, den erwähnten Kaufvertrag erst dann geltend machen zu wollen, wenn er zur Einlösung seines Acceptes über fl. 2000 genöthigt worden sein sollte. Auf Grund dieser Vereinbarung nimmt nun der Kläger die in Rede stehenden Pressen als sein Eigenthum in Anspruch, während der beklagte Contradiktor die rechtliche Ungültigkeit des gedachten Kaufvertrags behauptet und diesen Vertrag für simulirt erklärt, sowie den Eigenthumserwerb des Klägers an den Pressen bestreitet.

Das Stadt-Gericht I. verurtheilte am 22. Mai 1867 den Beklagten der Klagbitte gemäß, indem es erwog:

Der Contradiktor macht geltend, daß nicht sowohl ein Verkauf, als eine gesetzlich unzulässige Verpfändung der Pressen ohne Uebertragung des Besitzes auf den Gläubiger beabsichtigt gewesen sei. Es ist nun zwar nicht zu bezweifeln, daß das fragliche Geschäft in die Form eines Kaufes zunächst nur zur Sicherung des Klägers wegen seines zu Gunsten der Verkäufer gegebenen Wechselacceptes gekleidet worden ist, dieses Motiv ist aber in keiner Weise geeignet, die rechtliche Gültigkeit des ohne Zweifel nun einmal abgeschlossenen Kaufvertrags zu alteriren.

Wenn das Gesetz Hypotheken an beweglichen Sachen für unzulässig erklärt, so kann dies nicht daran hindern, sondern im Gegen-

Digitized by Google

theile nur die berechtigte Veranlassung sein, daß sich ein Gläubiger auf eine andere, gesetzlich nicht verbotene Weise durch bewegliches Eigenthum seines Schuldners sichern lasse, und da es durch die Gesetze nirgends untersagt ist, daß Jemand Sachen seines Schuldners kaufe und den Kaufpreis mittelst Aufrechnung seiner Forderung entrichte, so muß es auch als völlig statthaft erscheinen, wenn der Kläger die Pressen zu seiner Sicherung wegen des fraglichen Wechselacceptes gekauft hat.

Vergl. die Erkenntnisse des O. A. G. zu Rostock in Seuffert's Archiv B. 7 N° 282. Bd. 19 N° 122.

Ist aber der fragliche Kauf als ein gültiges Rechtsgeschäft zu betrachten, so kann auch die Simulations-Einrede des Contradiktors nach vorstehender Ausführung schon deßwegen keine Berücksichtigung finden, weil sie offenbar lediglich auf die Behauptung gegründet wurde, daß durch diesen Kauf Zwecke hätten erreicht werden sollen, welche sonst durch eine Verpfändung erreicht zu werden pflegten, und daß daher der Kauf seinen rechtlichen Wirkungen nach als eine Verpfändung zu betrachten sei. Es kann aber auch nicht bezweifelt werden, daß der Kläger durch jenen Kauf Eigenthümer der fraglichen Pressen geworden ist. Es ist nämlich zunächst unbestritten, daß die Verkäufer zur Zeit des Abschlusses des Kaufvertrages Eigenthümer der Pressen waren. Sodann liegt in der Erklärung der Verkäufer, daß sie Besitz und Eigenthum an den Pressen auf den Kläger übertrügen und die Pressen fortan nur als Miether besitzen wollten, unzweifelhaft ein die Tradition in sich schließendes constitutum possessorium. Endlich erscheint aber auch der Kaufpreis durch den Revers als bis zu dem Zeitpunkte creditirt, in welchem es sich entscheiden werde, ob der Kläger sein Accept einlösen müsse, oder nicht. Es liegen sonach aber alle Voraussetzungen vor, unter welchen das Eigenthum an einer verkauften Sache auf den Käufer übergeht.

Wenn sonach das Eigenthum des Klägers an den reclamirten Pressen anerkannt werden muß, so erscheint auch die Forderung, welche der Kläger für die Vermiethung derselben vom 2. Februar 1865 bis zum Tage ihrer Zurückgabe mit fl. 100 jährlich geltend gemacht hat, als durch den Vertrag vollkommen liquid gestellt. Die-

Digitized by Google

selbe ist daher sofort als eine gewöhnliche chirographische anzuerkennen. Es ist jedoch hier noch weiter in Betracht zu ziehen, daß die von dem Kläger reclamirte, aus der Fabrik zu Johannisberg bezogene Schnellpresse zu dem Specialfascikel 16 der L. Hirsch'schen Concursakten auch von den Fabrikanten Klein, Forst und Bohn zu Johannisberg auf Grund eines ihnen das Eigenthum der gedachten Presse zurückübertragenden Vertrages d. d. 22. September 1865 reclamirt worden ist.

Diese letztere Reklamation ist aber dem Kläger Dotzert gegenüber hinsichtlich ihrer Wirkungen als eine Prinzipal-Intervention zu betrachten und muß derselben daher nach anerkannten Grundsätzen

s. Bayer, Civilprozeß 7. Auf S. 45—49.

die Folge beigelegt werden, daß zwar das Eigenthum des Klägers an der fraglichen Schnellpresse der Gesammtheit der Gläubiger gegenüber schon jetzt anzuerkennen, die Verfügung über die Herausgabe derselben aber bis zur definitiven Entscheidung über die Reclamation der Fabrikanten Klein, Forst und Bohn auszusetzen ist.

Das Appellations-Gericht wies am 23. October 1867 den Antrag auf Herausgabe ab und erkannte die Forderung der Masse gegenüber an aus folgenden Gründen:

Der Kläger Dotzert hat am 2. Februar 1865 den Kaufpreis von fl. 2000 für die Pressen von Wörner & Hirsch nicht bezahlt, und kann auch von einer Creditirung dieses Kaufpreises bis zu dem Zeitpunkte, in welchem es sich entscheiden werde, ob Dotzert sein Accept einlösen müsse oder nicht, um deßwillen nicht die Rede sein, weil Dotzert für den Fall, daß er sein Accept nicht einzulösen hatte, wie der Revers vom 3. Februar 1865 klar ergibt, nicht entfernt die Absicht hegte, die Pressen von seinen Schuldnern Wörner & Hirsch zu erwerben, auch die Letzteren nicht beabsichtigten, die Pressen dem Kläger Dotzert käuflich zu überlassen für den Fall, daß sie ihre Verbindlichkeit aus dem von ihnen acceptirten Wechsel erfüllen, so war am 2. Februar 1865 ein Kaufgeschäft rücksichtlich dieser Pressen zwischen Wörner & Hirsch einerseits und dem Kläger Dotzert andererseits keineswegs perfect geworden.

Es war vielmehr zwischen den genannten Parteien lediglich ein

Digitized by Google

Vertrag zu Stande gekommen, wonach Dotzert für den Fall der Einlösung seines Accepts von fl. 2000 das Recht erworben hatte zu verlangen, daß Wörner & Hirsch ihm die Pressen käuflich überlassen und daß ihm alsdann der Betrag des von ihm eingelösten Accepts von fl. 2000 als Kaufpreis dafür in Anrechnung gebracht werde.

Hiernach ist in Betreff der fraglichen Pressen zwischen den genannten Parteien nicht eine venditio und emtio, sondern lediglich ein pactum de vendendo und emendo abgeschlossen worden; haben aber Wörner & Hirsch am 2. Februar 1865 die fraglichen Pressen nicht an Dotzert verkauft, so ist auch deren Eigenthum nicht an Letzteren, wie das Stadtgericht annimmt, durch ein constitutum possessorium übergegangen.

Nun hat freilich der Kläger Dotzert sein Accept auf dem mehrerwähnten Wechsel von fl. 2000 zur Verfallzeit eingelöst; allein da diese Einlösung erst stattgefunden hat, nachdem über das Vermögen von Leonhard Hirsch, dem Rechtsnachfolger von Wörner & Hirsch, der Concurs erkannt war, wie der Kläger Dotzert selbst in seiner Replik anführt, jedenfalls nachdem über jenes Vermögen Gütersperre verfügt war, so kann Letzterer jetzt nicht mehr verlangen, daß der Kauf hinsichtlich der Pressen auf Grund des oben erwähnten pactum de vendendo und emendo vollzogen werde und die Auslieferung der Pressen an ihn erfolge, vielmehr verbleibt ihm lediglich die von ihm im Liquidations-Termin eventuell angemeldete Forderung von fl. 2000.

Das Obertribunal bestätigte am 7. Juli 1868 dieses Erkenntniß.

Gründe.

In dem Leonhard Hirsch'schen Concursverfahren tritt der Oberappellant zunächst als Vindicant auf und verlangt als Eigenthümer die Herausgabe dreier Druck-Pressen. Zur Begründung dieses Anspruchs hat er daher sein Eigenthum an den Pressen nachzuweisen, welchen Beweis der erste Richter für geführt erachtet, während der zweite Richter der entgegengesetzten Ansicht ist.

Der Ausführung des Appellationsrichters muß im Wesentlichen, beigetreten werden.

Digitized by Google

Der Kaufvertrag vom 2. Februar 1865 und der Revers vom folgenden Tage bilden für die Contrahenten ein Ganzes. Die Angabe in dem Letzteren,

> „Dotzert bekennt, daß er den Kaufpreis von fl. 2000 trotz der darüber ertheilten Quittung nicht bezahlt hat und erklärt, daß er erst dann, wenn er wider Erwarten zur Einlösung seines obengedachten Accepts von fl. 2000 genöthigt sein sollte, den Wörner & Hirsch gegenüber den erwähnten Kaufvertrag geltend machen werde",

bezeugen die Absicht, dem Kläger einerseits möglichste Sicherheit wegen seines Accepts zu gewähren, andererseits den Verkäufern den Besitz der Pressen zu erhalten und einem Mißbrauch hinsichtlich der Quittung über die Zahlung des Kaufpreises vorzubeugen. Ein betrügerisches Geschäft zum Nachtheil der Verkäufer ist aus diesen Urkunden nicht zu entnehmen, vielmehr stellt sich der Verkauf als ein bedingter dar, nämlich in seiner Perfection suspendirt durch die Verabredung, daß der Käufer erst dann, wenn er zur Einlösung des Acceptes genöthigt sein sollte, den Kaufact geltend machen dürfe. Hierin ist weniger ein pactum de vendendo, als ein bedingter Kaufvertrag zu finden.

Die Bedingung ist nun allerdings eingetreten, der Kläger hat sein Accept einlösen müssen, hat somit den Kaufpreis bezahlt — und das Kaufgeschäft ist perfect geworden. Aber zum Uebergang des Eigenthums, damit der Käufer zur Vindication der gekauften Sache befugt erscheine, gehört noch die Tradition derselben.

L. 20 C. de pactis.

Zwar beruft sich der Ober-Appellant auf ein constitutum possessorium, weil in den §§. 1 und 2 des Vertrags die Bestimmung getroffen sei, daß die Verkäufer den Besitz der Pressen dem Käufer übertragen und dieselben in Miethe nehmen. Indessen, wenn der Vertrag überhaupt wegen der beigefügten Bedingung noch nicht in Wirksamkeit getreten ist, mußte auch die Uebertragung des Besitzes suspendirt bleiben, wenigstens liegt für eine entgegengesetzte Absicht der Contrahenten kein Anhaltspunkt vor, — und als die Bedingung durch Einlösung des Accepts erfüllt worden, war der Con-

Digitized by Google

curs über das Vermögen des Leonhard Hirsch bereits ausgebrochen. In dieser Beziehung erklärt der Kläger in der Replik,

„Am Verfalltage (des Wechsels) war bereits der Concurs über den Acceptanten erkannt und weder der durchgegangene Inhaber der Firma, noch auch der frühere Theilhaber (Wörner) konnten die fl. 2000 bezahlen, vielmehr mußte der Bürge jenen Betrag an die General-Kasse abführen."

Wenn der Ober-Appellant auf die rückwirkende Kraft einer erfüllten Bedingung Bezug nimmt,

L. 11. §. 1. D. qui potiores in pignore,

und das Geschäft als bereits perfect zur Zeit des Abschlusses betrachtet wissen will, so kann dieser Grundsatz nur für die rechtlichen Folgen aus bestehenden thatsächlichen Verhältnissen gelten; Thatsachen können aber (und zu diesen gehört eine Tradition) nicht durch diesen Grundsatz ins Leben gerufen werden. Will man in dem bedingten Kaufvertrag ein constitutum possessorium finden, so ist zu berücksichtigen, daß bei eingetretener Erfüllung der Bedingung das Concursverfahren bereits eingeleitet war, und der Curator der Masse konnte nicht, statt für die Gesammtheit der Gläubiger, von jetzt an den Besitz der Pressen für den Käufer beginnen. Dem letzteren steht daher nur ein persönlicher Anspruch aus dem perfect gewordenen Vertrage zu — ein dingliches Recht, Eigenthum an den Pressen hat er nicht erworben, und hiermit zerfällt das Fundament der Vindication.

72.

August Siebert, Kläger gegen Wilhelm Schmöle, Beklagten, Forderung aus Bürgschaft betreffend.

1) Prüfung der Frage, ob eine Bürgschaft, welche geleistet ist für einen Credit in laufender Rechnung, jedoch beschränkt auf das Verhältniß des Hauptschuldners zum Gläubiger, an einem bestimmten Tage (hier 31. December 1863) dadurch erloschen sei, daß der Hauptschuldner dem Gläubiger in fortgesetztem Contocorrent-Vertrage nach dem 31. December 1863 Befriedigung gegeben habe, oder ob diese Bürgschaft am 31. December 1863 nicht aufhörte, vielmehr erst jetzt zur klagbaren Geltung kommt.

2) Prüfung der Correspondenz der Partheien und des gesammten Contocorrent-Verhältnisses.

Digitized by Google

3) Das Wesen des Contocorrent-Vertrages besteht in der Eröffnung eines laufenden Credits und der Empfangnahme von Deckungen, über welche Debet- und Credit-Posten zu bestimmten Perioden abgerechnet und ein Saldo gezogen wird.

4) Das Aufrechnen einzelner Credit- gegen einzelne Debet-Posten ist bei dem Contocorrent-Vertrag ausgeschlossen und ergibt erst ein Contocorrentschluß eine fällige Forderung resp. Schuld.

5) Prüfung der Frage, ob durch Abschluß der Bilanz einer neuen Rechnungs-Periode die Saldoforderung aus der früheren mittelst Novation zerstört werde? eine rein formale Novation kennt das heutige Recht nicht; die Novation (Aufhebung der alten und Entstehung einer Schuldverbindlichkeit) kann nicht präsumirt, muß vielmehr als Wille der Partheien bewiesen werden.

6) Die Rechnungsabschlüsse und beiderseitige Anerkennung zwischen Kläger und Hauptschuldner genügen zur Begründung einer Klage auf Zahlung des neuen Saldo, allein sie vernichten nicht die vorhergegangenen Saldoforderungen, sondern schließen diese vielmehr in sich, indem sie dieselben wiederholt als Factoren des neuen Saldo anerkennen; ein Contocorrentschluß und eine Decharge des Hauptschuldners ist nicht eingetreten, der alte Contocorrent-Vertrag wird fortgesetzt bis zum Falliment.

7) Prüfung der Frage: ob die kaufmännische Diligenz verlange, daß der Gläubiger gleich nach Aufrechnung des Saldo am 31. December 1863 die Klage gegen den Bürgen erhebe und ob der Gläubiger, weil er das nicht gethan, sondern dem Hauptschuldner bis zum Falliment (1866) Credit gegeben, wegen dieser Negligenz sein Recht gegen den Bürgen verloren habe; das Ober-Tribunal verneint die Frage, da die Bürgschaft auf dasjenige gegangen, was der Hauptschuldner am 31. December 1863 schuldig sein werde, diese Contocorrentschuld aber nirgends getilgt sei; wollte der Bürge von der Bürgschaft frei werden, so hätte er bei dem Schuldner Schritte zu seiner Befriedigung thun müssen, nicht aber könne der Bürge das Erlöschen der Bürgschaft daraus folgern, daß der Gläubiger mit der Klage gezögert habe.

Durch den Schein vom 8. Januar 1862 hat die Verklagte sich bei dem Kläger bis zur Höhe von 2000 Gulden für diejenigen Summen verbürgt, welche F. R. Schmöle in Wien dem Kläger schuldig war und schuldig werden würde.

Am Schlusse unter dem Datum, über der Unterschrift der Verklagten, steht geschrieben:

„Die Gültigkeit obiger Bürgschaft erstreckt sich jedoch nur bis Ende December 1863."

Der Kläger und F. R. Schmöle standen schon einige Jahre vor-

Digitized by Google

her in einem Contocorrent-Verhältnisse, welches bis zum Ausbruche des Concurses über das Vermögen des Letzteren im Jahre 1866 fortdauerte.

Jetzt belangte Kläger den Bürgen auf Zahlung der 2000 fl. nebst Zinsen und Kosten, weil das Debet im Saldo des F. R. Schmöle gemäß dem Abschlusse des Contocorrents vom 31. December 1863 fl. 9981. 13 kr. betragen und sich seitdem bei den halbjährlichen Abschlüssen stets vermehrt habe.

Die Verklagte hat eingewendet:

I. Der Bürgschein sei mit dem Ablaufe des Jahres 1863 erloschen;

II. die Saldoschuld vom 31. December desselben Jahres sei

1) durch Zahlungen, welche der Hauptschuldner nach Ausweis seiner Creditposten im Contocorrent für das erste Semester 1864 in einem höheren Betrage geleistet habe;

2) durch Verrechnung in dem fortgesetzten laufenden Geschäfte, Anerkennung der späteren Saldi und darin liegender Novation,

getilgt.

Das Stadtgericht I. verurtheilte die beklagte Handlung am 17. Juni 1867 zur Zahlung aus folgenden Gründen:

Nach Inhalt der Klage hat sich die Beklagte am 8. Januar 1862 zu Gunsten der Klägerin bis zum Betrage von fl. 2000 für diejenige Schuld verbürgt, welche F. Rudolf Schmöle in Wien bei der Klägerin in laufender Rechnung damals bereits contrahirt hatte und bis zum 31. December 1863 contrahiren werde.

Der Bürgschein der Beklagten bestätigt diesen Sachverhalt, indem die Schlußworte desselben: „die Gültigkeit obigen Bürgscheins erstreckt sich jedoch nur bis Ende December 1863" im Hinblick sowohl auf die Intention der Contrahenten und die entsprechende ältere Bürgschaft der Beklagten vom 1. August 1860, als auf die eigene Interpretation der Beklagten in deren Schreiben vom 15. Juni 1866 nur in dem angegebenen Sinne und keineswegs so zu verstehen sind, als wenn der fragliche Bürgschein mit Ablauf des 31. December 1863 annullirt sein sollte, falls Klägerin nicht vorher ihre Rechte aus demselben eltend gemacht haben würde.

Digitized by Google

2) Die Beklagte vermag auch nicht zu bestreiten, daß F. R. Schmöle der Klägerin bis zum 31. December 1863 in laufender Rechnung einen Saldo von fl. 10037. 56 kr. (resp. fl. 9981. 13 kr.) schuldig geworden ist, sie behauptet aber, daß diese Schuld bereits in laufender Rechnung getilgt sei, da nach Ausweis des Contocorrents die nach dem 31. December 1863 von F. R. Schmöle der Klägerin auf laufende Rechnung gemachten Anschaffungen schon im nächstfolgenden Rechnungshalbjahre vom 31. December 1863 bis 1. Juli 1864 sich auf fl. 37,874. 46 kr. belaufen. Die rechtliche Natur des kaufmännischen Contocorrentsverhältnisses bringt es jedoch mit sich, daß die einzelnen Creditposten des Contocorrents nicht als Zahlungen auf die einzelnen Sollposten desselben betrachtet werden können. Es begründet vielmehr jeder laufende Rechnungsposten eine jeweilige neue Forderung resp. Gegenforderung, und erst der aus dem Abschlusse des Contocorrentverhältnisses resultirende Saldo bildet den Gegenstand der Zahlung.

Vergl. Seuffert Archiv Bd. 8 N: 159, Bd. 17 N: 35.

Da nun die Beklagte zugestandenermaßen nicht für bestimmte einzelne Schuldposten, sondern mit Rücksicht auf den dem Fr. Rud. Schmöle von der Klägerin eröffneten Credit, unter den oben erwähnten Beschränkungen hinsichtlich der Entstehungszeit und des Betrags des der Klägerin erwachsenden Guthabens sich allgemein verbürgt hat, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der im Laufe dieses Creditverhältnisses entstandene Sollposten 95 diejenige Schuld des Fr. Rud. Schmöle darstellt, für welche der Beklagte als Bürge bis zum Betrage von fl. 2000 auch jetzt noch aufzukommen hat; denn dieses vor dem 31. December 1863 entstandene Debet des Hauptschuldners ist durch dessen spätere Anschaffungen keineswegs getilgt worden, da die nachfolgenden Rechnungsabschlüsse noch größere Saldi zu Gunsten der Klägerin aufweisen, so daß sich schließlich das Debet des Hauptschuldners noch um weitere fl. 8812. 4 kr. vermehrte, und da die sämmtlichen nachfolgenden Credit- und Debet-Posten nur als weitere Forderungen resp. Gegenforderungen zu dem in Rede stehenden Sollposten vom 1. Januar 1864 N: 95 hinzugekommen sind. Die von der Beklagten behauptete Tilgung dieses letzteren durch die späteren

Digitized by Google

Anschaffungen des Hauptschuldners würde nur anzunehmen sein, wenn es, wie nicht der Fall, statthaft wäre, das Ganze des Contocorrents dergestalt zu theilen, daß ohne Rücksichtsnahme auf das Resultat des Contocorrentsverhältnisses einzelne Habenposten zur Ausgleichung eines einzelnen Sollpostens aus der untheilbaren Einheit der Rechnung herausgehoben würden. Hätte es daher in der Absicht des Bürgen gelegen, nach Ablauf der zwei Jahre seiner Verpflichtung dadurch ledig zu werden, daß der Hauptschuldner seine bis dahin erwachsene laufende Schuld sofort tilge, so hätte er sich ausdrücklich ausbedingen müssen, daß die zunächst nachfolgenden Anschaffungen des Hauptschuldners nicht in laufende Rechnung zu bringen, sondern speciell zur Ausgleichung des Saldos zu verwenden seien, und es hätte in diesem Falle nach erfolgter Ausgleichung ein neues Contocorrentverhältniß eröffnet werden müssen. In Ermangelung einer derartigen Beschränkung seiner Verpflichtung ist die rechtliche Natur des Geschäftsverhältnisses, rücksichtlich dessen die Bürgschaft geleistet und welches nicht zu Gunsten des Bürgen unterbrochen wurde, allein maßgebend, und Beklagte sonach der Klagbitte gemäß zu verurtheilen.

Das Appellations-Gericht wieß am 22. November 1867 unter Kosten-Vergleichung die Klage ab, indem es nach umständlicher Prüfung des Sachverhalts Folgendes erwog:

Im kaufmännischen Contocorrent erscheinen alle einzelnen Posten des Credit wie des Debet lediglich als mitwirkende Factoren des Schlußsaldos. Die einzelnen Creditposten können dagegen nicht als Zahlungen, welche die Tilgung der einzelnen Debetposten bewirken, betrachtet werden. Vielmehr begründet jeder Rechnungsposten eine neue Forderung oder Gegenforderung, welches zu den bereits bestehenden Forderungen und Gegenforderungen hinzutritt. Die Creditposten sind immer nur als Zahlungen auf das ganze Debet anzusehen und müssen keineswegs, wie die Beklagte vermeint, bei fortdauerndem Contocorrentverhältniß nach Feststellung eines Saldos, zunächst als Zahlung auf diesen Saldo betrachtet werden.

Creizenach, im Archiv für practische Rechtswissenschaft Bd. 4, S. 63, 64, 67.

Endemann, Handelsrecht, §. 144, III.

Digitized by Google

Brinckmann, Handelsrecht, §. 129, III.
Endemann, in Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 4, S. 208.
Seuffert, Archiv, Bd. 8, N. 159, Bd. 17, N. 85.

In dem vorliegenden Fall kommt nun aber entscheidend in Betracht, daß, nachdem der Saldo zu Gunsten des Klägers am 31. December 1863 auf fl. 10,037. 56 kr. festgestellt worden war, das Contocorrentverhältniß zwischen dem Kläger und F. R. Schmöle nach dem 31. December 1863 noch weiter fortgesetzt worden ist, von F. R. Schmöle auf den Kläger Tratten gezogen und dagegen demselben Rimessen angeschafft worden sind, und daß sodann am 30. Juni 1864 ein neuer Rechnungsabschluß erfolgt ist, der an diesem Tag nach Verrechnung aller Credit- und Debetposten des vorausgegangenen Rechnungshalbjahres, also auch des Saldopostens vom 31. December 1863 oder des ersten Debetpostens vom 1. Januar 1864 von fl. 10,037. 56 kr. zu Gunsten des Klägers einen am 1. Juli 1864 vorgetragenen Saldo von fl. 11,369 ergeben hat.

Der Kläger hat freilich nicht angeführt, daß F. R. Schmöle diesen Saldo ausdrücklich anerkannt habe, allein da Beklagter nicht behauptet hat, daß F. R. Schmöle jemals gegen diesen Saldo einen Einwand erhoben habe, und da F. R. Schmöle nach Empfang des mit einem Saldo vom 30. Juli 1864 im Betrag von fl. 11,369 abgeschlossenen, ihm unzweifelhaft kaufmännischem Gebrauch gemäß zugekommenen Contocorrents das Geschäftsverhältniß mit dem Kläger noch während mehrerer Jahre fortgesetzt hat, so ist damit dieser Saldo jedenfalls stillschweigend von F. R. Schmöle anerkannt worden.

Hiernach ist die frühere Schuld des F. R. Schmöle an den Kläger vom 31. December 1863 im Betrag von fl. 10,037. 56 kr. durch die Feststellung der neuen Schuld vom 1. Juli 1864 im Betrag von fl. 11,369 mittelst Verrechnung vollständig getilgt, und konnte somit der Kläger auf jene frühere Schuld, abgesehen von einem etwa untergelaufenen Irrthum, wovon indessen mit Ausnahme des später rectificirten Irrthums, in den Acten Nichts vorkommt, nicht zurückkommen.

Digitized by Google

Endemann, Handelsrecht, §. 144, S. 692.
Brinckmann, Handelsrecht, §. 129, S. 506.

Ist aber die frühere Schuld des F. R. Schmöle an den Kläger vom 31. December 1863 vollständig getilgt, so ist damit auch die Bürgschaft der Beklagten, welche dieselbe lediglich für eine am 31. December 1863 vorhandene Schuld des F. R. Schmöle an den Kläger übernommen hat, erloschen.

Es ist demnach, und da nach dem 31. December 1863 nicht weniger als fünf weitere stets auf den Saldo des vorhergehenden Semesters basirte halbjährige Rechnungsabschlüsse zwischen dem Kläger und F. R. Schmöle stattgefunden haben, nicht einzusehen, wie der Kläger sich berechtigt erachten könne, gegen die Beklagte aus jenem Saldo vom 31. December 1863 von fl. 10,037. 56 kr., welchen er seiner Klage zu Grund gelegt hat, eine Forderung zu erheben *).

---

*) **Gutachten der Handelsassessoren.** In Sachen August Siebert hier gegen Siegm. Schmöle und Wilh. Schmöle hier, Forderung wegen Bürgschaft betreffend, wurden bei dem Königl. Appellationsgericht Unterzeichnete als Handelsassessoren zugezogen.

Wenn auch das Urtheil in seinen Resultaten unseren Ansichten entspricht, so enthält dieses Urtheil doch einen Passus, dem wir nicht beizustimmen vermögen. Derselbe lautet:

„Es kann indessen die Ansicht des Beklagten, daß die Schuld von F. R. „Schmöle, welche am 31. December 1863 fl. 10,037. 56 kr. betragen „hat, schon aus dem Grund für getilgt erachtet werden müsse, weil die „nach dem 31. December 1863 innerhalb des nächstfolgenden Abrechnungs„jahres von F. R. Schmöle dem Kläger ausweislich der gedachten Credit„posten gemachten Anschaffungen jene Summe von fl. 10,037. 56 kr. weit „überstiegen und weil der Betrag dieser Creditposten vor Allem auf den „Saldo von fl. 10,037. 56 kr. aufzurechnen sei, nicht beigepflichtet werden, „denn diese Ansicht beruht auf einer Verkennung der Natur und des We„sens des Conto-Corrent-Verhältnisses ꝛc."

In diesem Fall durfte nach unserer Ansicht das kaufmännische Contocorrent-Verhältniß nicht in Betracht kommen, da die Beklagten nur für den Saldo des Contocorrent vom 31. December 1863 aufzukommen hatten und Alles, was Kläger dem F. R. Schmöle nach dem 31. December 1863 borgte, berührte die Bürgen in keiner Weise. Nach dem Wortlaut der Bürgschaften steht es unbestreitbar fest, daß beide Bürgen nur für die bis zum 31. December 1863 laufenden Verbindlichkeiten mit je fl. 2000 eintreten wollten.

Digitized by Google

Das Obertribunal stellte am 22. September 1868 das Erkenntniß des Stadtgerichts I. wieder her unter Compensation der Kosten zweiter und dritter Instanz.

Gründe.

Beide Vorderrichter haben übereinstimmend aus der Entstehungsgeschichte des Bürgscheins, insbesondere dem älteren Bürgschein der Verklagten vom 1. August 1860, der Correspondenz der Parteien vom 11/20. Januar 1862 und dem Bürgschein des Siegmund Schmöle vom 31. December 1861, so wie aus den nachfolgenden Erklärungen beider Theile in den Briefen vom 14/15. Juni 1866 nachgewiesen, daß der beabsichtigte Sinn des Nachsatzes zu dem Bürgschein vom 8. Januar 1862 kein anderer sei, als derjenige, welchen jene Bürgscheine in verschiedener Fassung dahin ausdrücken, daß Verklagte für die Schuld, welche F. R. Schmöle am 31. December 1863 an den Kläger haben werde, bürgen solle.

Vergebens bestreitet Verklagte in der Ober-Appellations-Beantwortung diese Beweisführung. Denn ihre Behauptung, das

---

Nun ist aber aus dem Contocorrent zu ersehen, daß von F. R. Schmöle in Wien an Siebert bereits am 31. März 1864
fl. 18,722. 24 kr. remittirt wurden, davon war bis zum 31. März 1864 zurückgekommen für
fl. 5,136. 41 kr.
fl. 13,585. 43 kr. Der Saldo, für welchen bis zum Betrage von fl. 4000 Bürgschaft geleistet war, beträgt
fl. 10,037. 56 kr. Demnach hatte der Schuldner
fl. 3,547. 47 kr. mehr bezahlt, als er schuldig war, welche in keinem Falle durch etwa vom 1. Januar bis 31. März remittirte und später noch zurückgekommene Rimessen (deren Ausscheidung hier nicht wohl thunlich ist) absorbirt werden konnten. Es liegt keineswegs in der Natur des kaufmännischen Contocorrents, daß ein Bürge für Posten, welche der Creditor nach Ablauf der Bürgschaft (in diesem Fall nach dem 31. December 1863) anvertraute, aufkommen muß, was, wenn die Entscheidungsgründe des Königl. Appellations-Gerichts maßgebend sein würden, hätte eintreten können, wenn z. B. F. R. Schmöle vor Ertheilung eines neuen Contocorrent etwa Mai oder Juni zahlungsunfähig geworden wäre.

Wir bitten dieses Gutachten den Acten beizufügen.

Frankfurt, den 27. November 1867.

gez. Franz Jos. Schuster,
„ Küchler sen.

Digitized by Google

Schreiben vom 20. Januar 1863, worin sie den „gewünschten Bürgschein nach Ihrem (des Klägers) Wunsche" ausgestellt zu haben erklärt und übersendet, beziehe sich nicht auf den in dem Schreiben vom 11. nämlichen Monats enthaltenen klägerischen Vorschlag, die Bürgschaft in gleicher Weise, wie Siegmund Schmöle, bis Ende December 1863 zu erneuern, sondern auf zwischenzeitliche mündliche Besprechungen, entbehrt jedes Anhaltes und widerspricht dem Inhalte des Schreibens vom 20. Januar selbst insofern, als dasselbe mit den Worten beginnt:

Bezugnehmend auf mein Letztes vom ? d. Mts., also nicht auf mündliche Besprechungen. Das Datum des hier bezogenen Schreibens der Verklagten ist freilich unleserlich, aber jedenfalls nicht ersichtlich, daß es zwischen dem 11. und 20. Januar liegt, und spräche es zu Gunsten der Verklagten, so wäre es deren Sache gewesen, dasselbe aufzuklären oder die muthmaßlich zurückbehaltene Copie beizubringen.

Das Schreiben vom 15. Juni 1866 sucht Verklagte dadurch zu entkräften, daß sie darin nur einen Einwand gegen die klägerische Zahlungs-Aufforderung vom 14. desselben Monats hervorgehoben habe, nämlich daß seine Bürgschaft sich nur auf die Maximalsumme von fl. 2000 des Betrages erstrecke, den F. R. Schmöle in Wien bis zum 31. December 1863 schuldig geworden, die Bürgschaft daher erloschen und gegenstandslos sei, insoweit Kläger für sein pr. December 1863 bestandenes Guthaben von dem Hauptschuldner selbst Befriedigung erlangt habe. Indem aber Verklagte deßhalb den Kläger ersucht, ihr vörderfamst den Rechnungsabschluß vom 31. December 1863 und den Contocorrent von diesem Tage an mitzutheilen, auf daß sie prüfen könne, ob und inwieweit sie aus ihrer Bürgschaft noch im Obligo bei Kläger sei, bekennt sie sich auf's Bestimmteste zu dem auch aus dem Briefwechsel der Parteien im Januar 1862 gefolgerten Verständnisse des Bürgscheins und widerlegt ihr Vorbringen im Prozesse, als sei der Sinn des Schlußsatzes gewesen, daß mit dem bloßen Zeitablaufe des Jahres 1863 die Bürgschaft außer Wirksamkeit treten solle.

In der That hörte diese gemäß der übereinstimmenden Bedeutung

des älteren Bürgscheins der Verklagten und der Bürgscheine des Siegmund Schmöle am 31. December 1863 nicht auf, sondern kam jetzt erst zur klagbaren Geltung, wie das Folgende näher ergibt.

Der Unterschied zwischen dem fraglichen Bürgschein und einem solchen, dessen Wirksamkeit seinem Umfange nach nicht nach dem Verhältnisse des Hauptschuldners zum Gläubiger am 31. December 1863 beschränkt worden wäre, bestand also darin, daß bei einer Schuldsumme des F. R. Schmöle unter fl. 2000 am genannten Tage der Bürge für die niedrigere Summe haftbar geblieben wäre, wenngleich später die Schuld des F. R. Schmöle im Contocorrente eine Steigerung bis oder über fl. 2000 erfahren hätte, und von der Bürgschaft frei war, wenn F. R. Schmöle damals nichts verschuldete.

Das handelsrechtliche Wesen des Contocorrents-Vertrages wird darin gefunden, daß der eine Theil dem andern einen laufenden Credit eröffnet und dagegen Deckungen (deposita irregularia) empfangen soll, welche beide in ein Conto des Creditnehmers bei dem Creditgeber gegeneinander als Soll und Haben, oder Debet und Credit zu dem Zwecke eingetragen werden, um die verabredeten oder herkömmlichen Rechnungsperioden hindurch gegen- und nebeneinander als beiderseitige Forderungen herzulaufen, am Ende einer jeden Periode zu einer Debet- und Credit-Summe zusammengezogen zu werden, und aus der Vergleichung dieser Summen ein Debet- oder Credit-Saldo zu ergeben, welches bei der Fortsetzung der Geschäfts-Verbindung, des sogenannten Contocorrent-Verhältnisses, in dem Contocorrent der andern Rechnungs-Periode als erster Debet- oder Credit-Posten des Creditnehmers vorgetragen wird.

1) Insoweit herrscht unter den Lehrern des Handelsrechts und Gerichtshöfen Deutschlands kaum noch ein Streit, und eben so wenig über die Folgerung daraus, daß keine Aufrechnung einzelner Creditposten gegen gewisse einzelne Debetposten, insofern dies nicht besonders bedungen wird, keine Zahlung oder Compensation von Posten gegen Posten und keine Ausklagung einzelner Creditposten, im Laufe der Rechnungsperiode stattfindet, so lange das Contocorrent-Verhältniß überhaupt nicht unterbrochen wird, sondern daß erst ein Contocorrentschluß eine fällige Forderung resp. Schuld ergibt.

Digitized by Google

Der Contocorrent-Vertrag enthält mit andern Worten für jeden Theil, dem andern gegenüber, die Bedingung, das Resultat der hin- und herlaufenden Geschäfte abzuwarten und keine einzelne Forderung oder Zahlung als solche, sondern alle nur als Faktoren des Saldo's geltend zu machen.

Zu dem Debet-Posten des Contocorrents des Hauptschuldners F. R. Schmöle bei dem Kläger in dem Rechnungs-Semester vom 1. Januar bis 1. Juli 1864 gehörte auch sein Soll-Saldo vom 31. Dezember 1863.

Indem aber der Contocorrent-Vertrag zwischen dem Kläger und F. R. Schmöle verlängert, jener Saldo in dem Contocorrent für 1864 als Debetposten des F. R. Schmöle vorgetragen wurde, trat er als solcher mit dem übrigen Debetposten des Rechnungs-Semesters Januar bis einschließlich Juni 1864 in eine Reihe und den Creditposten insgesammt als Mitfactor des künftig zu erzielenden Saldo gegenüber. Nur vermöge einer besonderen, von dem Contocorrent-Verhältnisse ihn ausnehmenden Uebereinkunft beider Theile hätte eine Aufrechnung einzelner Creditposten des F. R. Schmöle dagegen, überhaupt eine Zahlung oder Tilgung dieses ersten Debetpostens desselben in 1864 bewirkt werden können, was nicht geschehen ist.

Es widerspricht aufs Grellste der Natur des Contocorrent-Verhältnisses, wenn der eine Theil, welcher fortwährend den Credit des andern in Anspruch nimmt und als Gegenleistung für die Befugniß dazu durch neue Tratten auf den Creditgeber fortlaufende Anschaffungen in Rimessen macht, letztere ausschließlich auf den einen oder andern ihm lästigen Posten, z. B. sein vorgetragenes und verbürgtes Debetsaldo, als Zahlung angerechnet haben will. Die Posten würden dadurch geradezu ihrer Bestimmung entzogen, und der Zweck der laufenden Rechnung, ihr Abschluß mittels Feststellung eines Debet- beziehungsweise Credit-Saldo zerstört.

Dies haben auch beide Vorderrichter mit Recht angenommen.

2) Viel streitiger ist die Frage, ob durch den Abschluß der Bilanz (Feststellung der Saldi) einer neuen Rechnungs-Periode die Saldoforderung aus der früheren mittels Novation zerstört werde.

Digitized by Google

Die verneinende Meinung ist

von Creizenach im Archiv für practische Rechtswissenschaft Bd. 4., S. 41. 57. N° 3, 59. 72 ꝛc.

und

in den Erkenntnissen der höchsten Gerichtshöfe in Sachsen u. Baden bei Seuffert (Arch. 8. N° 159 u. 17 N° 35. gründlich ausgeführt, auf welche auch der Appellations-Bescheid verweiset, ohne gleichwohl deren Consequenzen anzuerkennen.

Vielmehr stellt das Appellationsgericht den Satz auf:

die Schuld des F. R. Schmöle an den Kläger vom 31. December 1863 im Betrage von fl. 10,037. 56 kr. (fl. 9981. 13 kr.) ist durch die Feststellung der neuen Schuld vom 1. Juli 1864 im Betrage von fl. 11396 mittelst Verrechnung vollständig getilgt, und konnte somit der Kläger auf jene frühere Schuld nicht zurückkommen. — — Damit ist auch die Bürgschaft der Verklagten erloschen.

Allein der ganze Satz beruht nur auf der unerwiesenen Voraussetzung, daß eine neue Schuld durch die Bilanz zwischen den Credit- und Debetposten, worunter einen der Debetsaldo des F. R. Schmöle am 1. Januar 1864 bildete, entstanden, deren Ergebniß in dem Saldo vom 1. Juli 1864 ins Leben gerufen und an die Stelle des Saldo vom 1. Januar mit einer denselben vernichtenden Wirkung getreten sei.

Eine derartige Novation umfaßt bekanntlich zweierlei: Aufhebung der alten und Entstehung einer neuen Schuldverbindlichkeit, und darf nicht präsumirt, sie muß als der Wille der Parteien bewiesen werden.

L. 1. pr. D. de nov. 46, 2.
L. 8. eod. eod. 8, 42.

Eben so wenig, wie in dem Appellations-Bescheide, ist in dem von der Verklagten in gegenwärtiger Instanz einseitig beigebrachten Gutachten der Handelskammer in Frankfurt a. M.*) ein solcher Be-

*) **Species Facti.** A in Stuttgart stand mit dem Bankhause B in Augsburg in Contocorrent, indem er auf dasselbe trassirte und ihm dagegen Rimessen sandte.

weis zu finden. Letzteres geht von der Vorstellung aus, Kläger hätte nach Grundsätzen kaufmännischer Diligenz sogleich nach Aufmachung des Saldo vom 31. December 1863 die fl. 2000 von dem Bürgen reklamiren müssen, und weil er das nicht gethan, sondern dem Hauptschuldner bis zum Eintritte seines Falliments-Zustandes (1866) noch Credit gewährt habe, sei die Verklagte wegen dieser Negligenz des Klägers und durch die Uebertragung der fl. 10,037. 56 kr. ohne Abzug der 2000 fl. auf das folgende Semester einer jeden Verbindlichkeit aus seiner Bürgschaft enthoben.

Als Bürge des A für den diesem in solcher Weise gewährten Credit hat sich C verpflichtet und zwar mittelst folgender Urkunde:

„Ich beurkunde und bekenne andurch, daß ich bei Herrn B in Augs„burg mich verbürgt habe, und verbürge für diejenige Summe an Capital „und Zinsen, welche Herr C in Stuttgart aus Acceptationen, baaren Vor„schüssen oder auf welche Weise und aus welchem Grunde sonst im Laufe „der beiden folgenden Jahre von heute an gerechnet, also „bis zum 31. December 1863 schuldig werden wird, und zwar bis „zum Betrage von zwei Tausend Gulden und unter ausdrück„licher Entsagung auf alle einem Bürgen zustehenden Einreden und Rechts„wohlthaten, insonderheit auf Einreden der Vorausklage des Hauptschuld„ners und der Theilung.

d. 31. December 1861."

Am 31. December 1863 war nun A dem B laut dessen von ihm anerkannten Conto-Corrents den Saldo von fl. 10,037. 56 kr. schuldig geworden.

B setzte ohne Unterbrechung und ohne alle Benachrichtigung des Bürgen, das Conto-Corrent-Verhältniß mit A am 1. Januar 1864 noch einige Jahre mit halbjährigen Rechnungs-Abschlüssen fort, bis A im Jahre 1866 fallirte.

Den Saldo per 31. December 1863 trug B auf die weitere Rechnung zu Lasten des A vor.

Eine Aufforderung an den Bürgen, die verbürgte Summe von fl. 2000 zu zahlen, ist ebensowenig ergangen, als B etwa eine ganz neue Rechnung mit dem 1. Januar 1864 dem A eröffnet und den Saldo vom 31. December 1863 separat gehalten hat.

Aus dem weiter geführten Conto-Corrente des B ist zu ersehen, daß beispielsweise der Schuldner A in der Zeit vom 1. Januar 1864 bis 31. März 1864 den Betrag von fl. 12,000 dem B remittirt hat, welcher Betrag auch eingegangen ist.

Ferner geht aus dem weiter geführten Contocorrente hervor, daß B dem A weiter borgte, und daß jeder fernere Halbjahresschluß einen größeren Saldo, als den per 31. December 1863 zu Gunsten des B aufweist.

Digitized by Google

Nach kaufmännischen Begriffen sei in dem Verfahren des Klägers eine Novation und einseitige, den Bürgen „befreiende Prolongation" zu erkennen.

Auch diese Sätze sind jedoch rechtlich unhaltbar und weder unter einander, noch mit der darauf folgenden Deduktion zu vereinigen, daß die Compensationen der Soll- und Haben-Posten schon während des Laufs der halbjährlichen Rechnungs-Periode Platz gegriffen und der Soll-Saldo des F. R. Schmöle am 1. Januar 1864 ohne

---

Nachdem der Schuldner A anno 1866 in Fallaments-Zustand gerathen war, trat B gegen den Bürgen C mit der Anforderung auf, die verbürgte Summe von fl. 2000 zu bezahlen.

Der Bürge C verweigert diese Zahlung aus dem zweifachen Grunde:

1) Der Saldo vom 31. December 1863, für welchen allein bis zum Betrage von 2000 Gulden er sich verbürgt habe, sei zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner verrechnet, in das fortgesetzte Contocorrent-Verhältniß über- und aufgegangen, und in demselben durch Verrechnung getilgt, so daß B auf den Saldo vom 31. December 1863 nicht mehr zurückgreifen dürfe;

2) die Zahlungen, welche der Schuldner A nach dem 1. Januar 1864 an B geleistet, seien zunächst auf die verbürgte und ältere Schuld, d. i. auf den Saldo vom 31. December 1863 aufzurechnen, so daß auch aus diesem Grunde der Bürge längst liberirt sei.

Es wird nun ein kaufmännisches Gutachten über die Frage gewünscht: ob die Anforderung des B an C begründet sei oder nicht?

Auf die vorstehende Species Facti und beigefügte Frage ist Folgendes unser kaufmännisches und handelsrechtliches

Gutachten.

Wenn B die verbürgten fl. 2000 aus dem Saldo, welchen A ihm per 31. December 1863 im Contocorrente mit fl. 10,037. 36 kr. schuldig geblieben, von dem Bürgen C reclamiren wollte, so hätte dieses nach Grundsätzen kaufmännischer Diligenz sogleich nach Aufmachung jenes halbjährlichen Abschlusses geschehen müssen. Hat dagegen B eine solche Reclamation unterlassen, die Geschäfte mit A fortgesetzt, diesem weiter Jahrelang Credite gewährt, und zwar bis in eine Zeit hinein, wo A in Fallimentzustand gerieth, so ist C wegen dieser Negligenz, und weil B die ganzen fl. 10,037 ohne Abzug der fl. 2000 auf das folgende Semester übertragen hat, einer jeden Verbindlichkeit aus seiner Bürgschaft enthoben. Nach kaufmännischen Begriffen war in dem Verfahren des B eine Novation und einseitige, den Bürgen befreiende Prolongation zu erkennen.

Ueberdieß war sachlich die Forderung von fl. 10,037. 56 kr. mit Inbegriff des darin befindlichen verbürgten Theils von fl. 2000 schon in dem nächsten Halbjahre 1. Januar bis 30. Juni 1864 getilgt.

Digitized by Google

Rücksicht auf dessen übrigen Soll-Posten in 1864 durch die den letzteren wie dem ersteren gegenüber laufenden Creditposten zuerst getilgt worden sei. Denn nur Eins von Beiden war möglich: entweder tilgten die ins Credit eingetragenen Zahlungen in der That schon in ihrem Laufe vor dem 30. Juni 1864 die Saldoforderung des Klägers vom 31. December 1863 — und daß dies der rechtlichen Natur des Contocorrentes nach Lehre und Praxis widerstrebe, ist bereits dargelegt, — oder dieselbe bestand am 30. Juni noch und könnte dann möglicherweise durch den Abschluß des Rechnungs-Semesters und den Vortrag des veränderten Saldo am 1. Juli 1864 mittelst Novation untergegangen sein.

Daß in dem producirten Gutachten eine Tilgung der Forderung vor dem 1. Juli und eine abermalige Tilgung derselben am 1. Juli angenommen ist, zeigt die Unsicherheit der ganzen Grundlage des Gutachtens.

Das Wesen des Conto-Corrent-Verhältnisses besteht ja eben darin, daß die Posten im Soll und Haben, die Gutschriften und Belastungen, beständig sich balanciren, „eine Reihe von Compensationen oder theils Zahlungen, theils Compensationen bilden, deren Resultat der Saldo ist", und daß der am Halbjahr-Abschlusse (oder Vierteljahr-Abschlusse oder Jahres-Abschlusse) sich ergebende Saldo zur neuen Gutschrift im Haben oder zur neuen Belastung im Soll dient. Jene Balancirung tritt aber nicht etwa erst mit solchem Abschlusse ein, sondern wirket als Compensation und Ausgleichung auch schon während des Laufes der Rechnung der vierteljährlichen, halbjährlichen oder Jahres-Periode.

Durch die Rimessen, welche A im ersten Vierteljahre 1864 zum Belaufe von fl. 12,000 machte, wurde nun vor Allem der Saldo-Uebertrag aus dem 31. December 1863 von fl. 10,037. 56 kr., mit welchem A im Soll per 1. Januar 1864 belastet wurde, consumirt und ausgeglichen, grade als hätte A diese Summe, und darunter auch den verbürgten Theil von fl. 2000 bezahlt. Denn Gutschrift im Haben wirkt auf die Belastung im Soll balancirend und tilgend gleich der Zahlung.

Diejenige Schuld, für welche sich C verbürgt hatte, existirte im Jahre 1866 nicht mehr; diejenige Forderung, mit welcher B in dem Concurse des A aufzutreten hatte, beruhte auf neuen Rechtstiteln, und anderen, als diejenigen, welche der Bürgschaftsurkunde vom 31. December 1861 zu Grunde lagen. Wir erachten deßhalb:

daß die Anforderung des B gegen C nicht begründet sei.

Frankfurt a. M., 6. April 1868. Die Handelskammer.

Digitized by Google

Aber auch abgesehen von dieser Inconsequenz, sind die darin angeführten Gründe für die Novation nicht stichhaltig noch schlüssig. Wäre es ein nothwendiges Erforderniß kaufmännischer Diligenz, nach der Aufrechnung eines periodischen Debetsaldos des Geschäftsfreundes denselben sofort einzufordern, so mußte doch diese Diligenz sich nicht einseitig gegen den Bürgen, wenn gerade ein solcher bestellt ist, sondern vorzugsweise gegen den Hauptschuldner richten, und selbst die Verfolgung des Bürgen, falls dieser, wie die Verklagte, auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat, würde in ihrer Wirkung sich doch gegen den Hauptschuldner, mittels des Regresses des Bürgen an ihn, wenden.

Die Forderung solcher Diligenz ist also wesentlich gleichbedeutend mit der Forderung, nach einer jeden Bilanz, woraus gewöhnlich sich das Debetsaldo ergibt, das Contocorrent-Verhältniß aufzugeben, statt diesen Saldo im neuen Rechnungs-Semester vorzutragen.

In der That sagt das Gutachten, sofort am 1. Januar 1864 habe Kläger, ohne ein neues Contocorrent mit F. R. Schmöle durch Uebertragung des Saldo zu eröffnen, die Verklagte belangen müssen. Allein es kann kein Mangel an einer durch den kaufmännischen Verkehr gebotenen Diligenz und am wenigsten eine mit dem Verluste einer Saldoforderung bedrohte Negligenz sein, wenn diese nicht augenblicklich nach ihrer Aufrechnung, sei es gegen den Hauptschuldner oder gegen den Bürgen, eingeklagt wird, und der Saldogläubiger hat dazu gerade dann um so weniger Veranlassung und kann um so ruhiger das Contocorrentverhältniß fortsetzen, wozu die Uebertragung des Saldo in die neue Rechnungsperiode gehört, wenn ihm der zu übertragende Debetsaldo des Correspondenten verbürgt ist. Der Wille, durch die Uebertragung des verbürgten Saldo die Forderung darauf aufzuheben, eine neue an deren Stelle zu setzen, oder eine „den Bürgen befreiende Prolongation" derselben zu gewähren — welche Ausdrücke das Gutachten als gleichbedeutend mit „Novation" zusammenstellt, obgleich die Prolongation und die Novation einander vielmehr ausschließen — ist weder faktisch noch rechtlich zu vermuthen. Und eben so wenig in den ferneren Uebertragungen der Saldi.

Digitized by Google

Eine rein formale Novation kennt das heutige Recht überhaupt nicht mehr (von dem Streite, ob sie durch Wechselausstellung bewirkt werde, abgesehen), jedenfalls ist der periodischen Aufrechnung des Contocorrents nirgends die Kraft einer solchen im Verhältniß der successiven Saldi zu einander beigelegt.

Ein Saldo hilft die folgenden machen und bleibt materiell so lange in denselben, bis er materiell durch einen Saldo der Gegenseite consumirt wird. Der Debetsaldo des F. R. Schmöle am **31**. December **1863** blieb demgemäß materieller Bestandtheil der folgenden höheren Debetsaldi desselben in seinem ganzen Umfange und Object der Forderung des Klägers und bis zu fl. 2000 der Bürgschaft der Verklagten.

Zwischen dem Kläger und dem Hauptschuldner hatten die Rechnungsabschlüsse und ihre beiderseitige Anerkennung allerdings die Wirkung, daß zur Begründung der Klage auf Zahlung des neuen Saldo der erfolgte und anerkannte Abschluß hinreichte, aber sie vernichteten nicht die vorhergegangenen Saldoforderungen, sondern schlossen diese in sich, indem sie dieselben wiederholt, wie die anderen Posten der jüngsten Periode zum erstenmal, als Faktoren des neuen Saldo anerkannten.

Die Einrede eines Irrthums in der früheren Bilanz konnte der Klage aus der letzten immer noch entgegengestellt und der Beweis desselben nicht mit der sach- und rechtswidrigen Behauptung beseitigt werden, daß der neue Saldo sein eigenes selbstständiges Fundament habe.

Daß dem kein Handelsbrauch entgegenstehe, dafür sprechen schon die Ausdrücke „übertragen" in die neue Rechnungsperiode, „vortragen" in dem neuen Contocorrent. Von Umschaffung, Umwandlung, Aufhebung der älteren Saldoforderung ist dabei keine Rede. Die möglichen Nachtheile, welche eine auf den übertragenen Saldoposten zurückgreifende Berechnung im Verkehr haben könnte, werden theils durch die gewohnte Sicherheit des kaufmännischen Rechnungswesens, theils durch die kurzen — viertel-, halb-, oder höchstens und selten jährlichen — Abschluß-Perioden vermieden.

Ganz anders gestaltet sich die Sache natürlich, wenn nicht blos die periodische Bilanz des Contocorrents gezogen, sondern das Conto-

Digitized by Google

corrent von den Parteien zu dem Zwecke definitiv abgeschlossen wird, um einander für die Vergangenheit zu decharziren, den bisherigen Contocorrent-Vertrag aufzuheben. Von einer Decharge des F. R. Schmöle hinsichtlich seines Debetsaldo vom 31. December 1863 ist aber nach Lage der Sache keine Rede, und hätte ihm gegenüber der Kläger einen Verzicht ausgesprochen, so würde noch zu untersuchen sein, ob derselbe dem Bürgen zu statten käme.

l. 22 D. de pactis.

l. 27. §. 2., l. 32. eod.

vergl. Creizenach S. 72.

Allein ein Contocorrentschluß ist bis zum Falliments-Ausbruche des F. R. Schmöle nicht eingetreten, der alte Contocorrent-Vertrag wurde stets fortgesetzt.

Was der Handelsbrauch rechtlich noch mit sich brachte, ist die Verzinsung jedes letzen Saldo als einer Kapitalsumme, obgleich sich in diesen Zinsen des vorigen Saldo und der seitdem aufgelaufenen Forderungen und Gegenforderungen befinden.

Indem man aber hierin eine Ausnahme von dem gemeinrechtlichen Verbote, Zinsen von Zinsen zu nehmen,

von Savigny System I. S. 179.

Brinkmann — Endemann Handelsrecht S. 505.

erklärte, hielt man sich von der Annahme fern, als sei die Saldoforderung ein ganz neues, an die Stelle ihrer Faktoren mit zerstörender Wirkung gesetztes Schuldverhältniß.

Creizenach l. c. S. 58, 60, 61.

Weder eine gesetzliche Bestimmung, noch das Bedürfniß des Handelsverkehrs, noch der erweisliche Wille der Betheiligten, gab also der Aufstellung und Anerkennung der periodischen Debetsaldi des F. R. Schmöle die Bedeutung, daß das Debetsaldo vom 31. December 1863 bezahlt oder die Forderung des Klägers aufgehoben und daß die Verklagte von ihrer Bürgschaft befreit sei.

Aus der rechtlichen Natur des Contocorrent-Vertrages und der thatsächlichen steten Steigerung der Debetsaldi des F. R. Schmöle folgt vielmehr, daß das Debetconto des F. R. Schmöle seine Schuld vom genannten Tage fort und fort bis 1866 getragen hat, und ins-

Digitized by Google

besondere ist in dem Wachsen derselben kein Grund zur Erlöschung der Bürgschaft der Verklagten für die darunter begriffenen fl. 2000 erfindlich.

Will man dem Briefe der Verklagten vom 15. Juni 1866 keinen Zwang anthun, so ist sie selbst darin auch noch von dieser Rechtsanschauung ausgegangen.

Welchen sonstigen Einfluß die Rechnungsabschlüsse auf die im Laufe eines Rechnungssemesters speciell begründeten Rechtsgeschäfte zwischen dem Kläger und dem Hauptschuldner hatten,

Creizenach l. c. S. 59.

kann hier dahingestellt bleiben: genug, daß jenes Debetsaldo des F. R. Schmöle dasjenige vom 31. December 1863 mit Einschluß der von Verklagten verbürgten fl. 2000 in sich aufgenommen und in keiner Weise ausgeschieden hat. Die Ausscheidung konnte nur durch einen besonderen Vertrag oder aber durch die natürliche Wirkung des Contocorrent-Vertrages, d. h. so geschehen, daß das Debetsaldo des F. R. Schmöle von fl. 9981. 13 kr. nebst den hinzulaufenden Debetposten desselben bei einem folgenden Abschlusse des Contocorrents vermöge der bis dahin aufgelaufenen Creditposten verschwand. Bis dahin und insoweit dies nicht der Fall war, blieb in jedem späteren Debetsaldo jenes als Rest erhalten.

Wollte die Verklagte von ihrer am 31. December 1863 fällig gewordenen Schuld der fl. 2000 aus dem Bürgschein früher befreit sein, so lag es an ihr, Schritte zu diesem Ende bei dem Hauptschuldner (dem Bruder, dessen Verhältnisse ihr gewiß nicht unbekannt waren) oder dem Kläger zu thun; sie kann aber diesem nicht vorwerfen, daß derselbe seinerseits die verbürgte Forderung nicht früher gegen sie einklagte.

Vergl. Reform. II. 16. §. 9.

Demgemäß mußte, wie geschehen, erkannt werden.

73.

August Siebert, Kläger gegen Siegmund Schmöle, Beklagten, Forderung und Bürgschaft betr.

Das Urtheil des Obertribunals vom gleichen Datum ist gleichen Inhalts mit dem vorhergehenden Urtheil.

B. Appellationsgericht.

28.

Siefert und Bechthold gegen Bürgin, Nachlaß-Curator, Erk. v. 6. Mai 1868.

Lebensversicherungspolicen auf den Inhaber sind zwar nur unvollkommene Inhaber-Papiere, gleichwohl aber Inhaber-Papiere im Sinne des Art. 307 des H.-G.-B. Da die Forderung in einer solchen Police nicht verkörpert ist, so kann erstere ohne Uebergabe der letzteren cedirt werden, und der Cessionar kann die Police vindiciren. Der obsignirende und Nachlaßsachen an sich nehmende Fiskal erlangt nur Apprehension derselben und setzt den Besitz für den seitherigen juristischen Besitzer fort.

Das Appellations-Gericht erkannte das Urtheil des St.-G. bestätigend:

Die Kläger haben gegen den Curator der Bürgin'schen Nachlaßmasse auf Herausgabe der Lebensversicherungspolice der Providentia N° 15,505, nach welcher an dem Todestag der Fabrikarbeiterin Maria Bürgin, die am 26. März 1866 dahier verstorben ist, an den Inhaber der Police der Betrag von fl. 1000 zu zahlen ist, Klage erhoben.

Ihre Klage haben sie in zweifacher Weise begründet:

1) Sie behaupten, daß ihnen als Generalagenten der Providentia gegen Albert Dolder, als Unteragenten der Providentia, eine Forderung, welche am 1. März 1866 fl. 941. 31 kr. betragen habe, erwachsen sei. Dolder habe ihnen Anfangs März 1866 zur Sicherheit und eventuellen Deckung die gedachte Police, die ihm von der Maria Bürgin, seiner Braut, geschenkt und überlassen worden sei, übergeben. Der Beklagte hat geleugnet, daß Maria Bürgin dem Dolder die Police geschenkt habe, daß Dolder den Klägern die Summe von fl. 941. 31 kr. schuldig geworden sei, und daß er ihnen die Police verpfändet habe. Er habe deßhalb die Abweisung der Kläger beantragt. Das Stadtgericht geht nun von der Ansicht aus, daß für die

Beurtheilung des in der vorliegenden Sache streitigen Rechtsverhältnisses der Art. 306, Abs. 2. des H.-G.-B. maßgebend sei, daß hiernach, die Richtigkeit der klägerischen Behauptung hinsichtlich der Verpfändung vorausgesetzt, auf die Frage, ob der Verpfänder Dolder die Police in der von ihm angegebenen Weise von der Maria Bürgin erworben habe, Nichts ankomme, indem es genüge, daß die Kläger als redliche Pfandnehmer anzusehen sind, und hat demgemäß den Klägern den Beweis auferlegt:

> Daß die Lebensversicherungs-Police N° 15,505 der Providentia ihnen von A. Dolder wegen einer Forderung, die ihnen als General-Agenten der Providentia gegen A. Dolder als Unteragenten derselben erwachsen sei, Anfangs März 1866 verpfändet und übergeben worden sei, auch von dem Gelingen dieses Beweises die Verpflichtung des Beklagten zur Herausgabe der gedachten Police an die Kläger abhängig gemacht.

Diese Beweisauflage muß als gerechtfertigt erachtet werden.

Dem Stadtgericht muß darin beigestimmt werden, daß an den Inhaber zahlbare Lebensversicherungs-Policen, wie die hier in Rede stehende Police, den rechtlichen Charakter eines eigentlichen Inhaberpapiers nicht besitzen. Solche Policen gehören vielmehr zu den uneigentlichen Inhaberpapieren, sie sind ihrem Wesen nach Legitimationsurkunden, welche einerseits den Inhaber berechtigen von dem Schuldner, dem Versicherer, die darin ausgesprochene Summe zu erheben und andererseits im Interesse des Schuldners die Legitimationsprüfung erleichtern. Es kann aber der Versicherer einem dritten Inhaber alle Einreden aus der Person des ursprünglich Versicherten entgegensetzen. Dieser Satz ist jetzt in der Doctrin wie in der Rechtsprechung ziemlich allgemein zur Geltung gekommen.

> Beseler, deutsches Privatrecht S. 315, 316.
> Kuntze, die Lehre von den Inhaberpapieren S. 20, S. 518, 522.
> Goldschmidt, Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 9, S. 143, 144.
> Busch, Archiv Bd. 1, S. 228.
> Vereinssammlung Bd. 3, S. 164.

Digitized by Google

Wenn aber das Stadtgericht daraus, daß die Lebensversicherungs-Police N° 15,505 der Providentia, um die es sich jetzt handelt, nicht zu den eigentlichen, sondern zu den uneigentlichen Inhaberpapieren gehört, die Folgerung zieht, daß für die Beurtheilung des in der vorliegende Sache streitigen Rechtsverhältnisses der Art. 306, Abs. 2 des H.-G.-B. und somit nicht der Art. 307 des H.-G.-B. maßgebend ist, so kann hierin dem Stadtgericht nicht beigepflichtet werden. Der Art. 307 des H.-G.-B. spricht ganz allgemein von Papieren auf Inhaber, und wenn in den Art. 306 und 307 des H.-G.-B. Waaren und bewegliche Sachen den Papieren auf Inhaber gegenübergestellt werden, so liegt in keiner Weise ein Grund vor, um für die verschiedenen Klassen von Inhaberpapieren eine verschiedene Behandlungsweise eintreten zu lassen.

Mit vollem Recht sagt daher Goldschmidt in seiner Abhandlung über den Erwerb dinglicher Rechte an Mobilien in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 9, S. 56, 57:

> Die Vorschrift im Art. 307 umfaßt alle Inhaberpapiere. Auch wird kein Unterschied gemacht zwischen solchen Inhaberpapieren, welche nur Legitimationspapiere sind, somit nur im Interesse des Schuldners die Legitimationsprüfung erleichtern, und den wahren Inhaberpapieren.
>
> Vergl. auch Wolff, in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 7, S. 64, 65.

Ist aber hiernach der Art. 307 des H.-G.-B. derjenige Artikel, welcher in dem vorliegenden Fall zur Anwendung zu kommen hat, so bedarf es nach dem klaren Wortlaut dieses Artikels in keiner Weise einer Prüfung der Frage, ob die an die Kläger nach ihrer Behauptung erfolgte Verpfändung der Lebensversicherungs-Police N° 15,505 der Providentia von Seiten des A. Dolder in dessen Handelsbetrieb geschehen ist oder nicht.

Muß nun dem Allem zufolge die Verpfändung der Police 15,505 von Seiten des A. Dolder an die Kläger, insofern sie wirklich stattgefunden hat, nach dem Art. 307 des H.-G.-B. beurtheilt werden, und war danach in Verbindung mit den darin in Bezug genommenen Bestimmungen im Art. 306 des H.-G.-B. auf den Erwerbtitel des

Digitized by Google

Verpfänders Dolder bei der vorliegenden bona fides der Kläger keine Rücksicht zu nehmen, so kann auch die Fassung des obenerwähnten Beweissatzes mit Grund nicht beanstandet werden. Das Gelingen dieses Beweises muß aber die Verurtheilung des Beklagten zur Herausgabe der in seiner Detention befindlichen Police N: 15,505 an die Kläger zur Folge haben.

l. 16, §. 3. l. 21, §. 3 de pignor. 20, 1.

Arndts Pandecten §. 378.

Puchta, Pandecten §. 215.

Der Beklagte hat freilich gegen die Kläger weiter den Einwand erhoben, daß die Kläger, wenn ihnen auch von A. Dolder die Police N: 15,505 verpfändet und übergeben worden wäre, doch ihren Pfandbesitz verloren und auf ihr Pfandrecht Verzicht geleistet hätten, indem sie die Police dem Fiskal überliefert haben.

Dieser Einwand ist indessen grundlos. Zu seiner Wiederlegung kann zunächst auf die Entscheidungsgründe unter 5. und 6. des stadtgerichtlichen Erkenntnisses Bezug genommen werden.

Diese stadtgerichtlichen Gründe lauten:

5) Die rechtmäßige Verpfändung der Police vorausgesetzt, deren Auslieferung an den Fiskal die Kläger ihres Pfandbesitzes nicht verlustig gemacht haben würde, da der Fiskal mit der Apprehension derselben, welche als eine lediglich conservatorische Maßregel zu betrachten ist, umsomehr diesen Besitz nur für den Berechtigten fortsetzen konnte, als unbestrittenermaßen vor der vom Fiskal verlangten Herausgabe der Police Verhandlungen zwischen diesem und dem Kläger Bechthold stattfanden, indem dieser sowie Dolder sich anfänglich dieser Herausgabe, unter selbstverständlicher Berufung auf ihre Ansprüche, weigerten,

   s. Bericht des Fiskals an das Stadt-Gericht II. vom 4. April 1866,

sonach aber auch

6) Der Umstand, daß sich die Kläger eine Zeit lang der Hoffnung hingegeben hätten, durch die Immission Dolder's in den Bürgin'schen Nachlaß befriedigt zu werden, einen Verzicht auf

ihr Pfandrecht nicht involviren könnte, selbst wenn diese Hoffnung sie schon bei der Herausgabe der Police an den Fiskal geleitet haben sollte.

Das Appellations-Gericht fährt fort:

Die Annahme eines Verzichtes der Kläger auf ihr Pfandrecht wäre, da Verzichte nicht zu vermuthen sind, nur in dem Falle statthaft, wenn bei Auslieferung der Police an den Fiskal von Seiten der Kläger eine klare und unzweideutige Willenserklärung, das Pfandrecht an der Police N° 15,505 aufzugeben, erfolgt wäre. Eine solche Willenserklärung hat jedoch nicht stattgefunden und ist auch von dem Beklagten nicht behauptet worden. Der Fiskal aber hat, indem er nach längerer Verhandlung, namentlich auch mit dem Kläger Bechthold die Auslieferung der Police erwirkte, eine Entscheidung über die Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit des klägerischen Pfandbesitzes selbstverständlich weder geben können noch geben wollen.

Die Police N° 15,505 ist bei dem Fiskal nach Inhalt seines Berichts hinterlegt worden. Sie ist also zum Depositum des Fiskals, wie auch aus dessen weiterem Bericht hervorgeht, abgeliefert worden. Nun hat aber das Depositum, was in der vorliegenden Sache ganz entscheidend ist, nach klaren Gesetzen eine Veränderung des juristischen Besitzes gar nicht zur Folge. Dieser Besitz wird dadurch nicht verloren, indem nur die Detention der deponirten Sache auf den Depositar übergeht.

L. 3, §. 20. D. de arq. vel. am. poss. 41, 2;
l. 17, §. 1. D. depositi 16, 3;
v. Savigny, Recht des Besitzes §. 25;
Puchta, im Rechtslexikon Bd. 2, S. 49.

Die Kläger sind daher, wenn ihnen die Police N° 15,505 in der von ihnen angegebenen Weise verpfändet und übergeben worden ist, was sie zu beweisen haben, ohnerachtet deren Deposition bei dem Fiskal die juristischen Besitzer derselben geblieben. Der Umstand aber, daß die Police später an den jetzigen Beklagten als Curator des Bürgin'schen Nachlasses, als curator bonorum, wie er sich selbst auf Seite 3 der Vernehmlassung bezeichnet, in Gemäßheit einer Verfügung des Stadtgerichts II. zur Aufbewahrung übergeben worden

Digitized by Google

ist, kann, zumal da von dem Beklagten nicht behauptet zu werden vermochte, daß die Kläger dazu ihre Zustimmung gegeben haben, den Klägern natürlich nicht präjudiciren, und den Verlust ihres juristischen Besitzes der Police nicht zur Folge haben,

l. 12, Cod. de arq. vel. rel. poss. 7, 32;

Keller, Pandecten S. 235;

jedenfalls ihnen das in den oben angezogenen Gesetzen begründete Recht, die Herausgabe der Police von dem Beklagten, der im Betreff ihrer Aufbewahrung lediglich an die Stelle des Fiskals getreten ist, und somit nur als deren Detentor angesehen werden kann, zu verlangen, nicht entziehen.

2) Eventuell haben die Kläger ihre Klage in folgender Weise theils in der Klagschrift, theils in der Gegenerklärung begründet.

Die Police N: 15,505 oder vielmehr die durch dieselbe geltend zu machende Forderung an die Providentia sei dem A. Dolder von der Bürgin geschenkt und von Ersterem am 20. Juni 1866 ihnen, den Klägern, cedirt worden.

Das Stadtgericht hat den Klägern den Beweis dieser Behauptung alternativ mit dem oben unter 2 erwähnten Beweis auferlegt, und ist diese Beweisauflage aus den Gründen unter 7 und 8 des stadtgerichtlichen Erkenntnisses gerechtfertigt. *)

Da sich hiernach die Beschwerde des Beklagten als unbegründet darstellt, so

wird die gegen das stadtgerichtliche Erkenntniß vom 27. Januar 1868 erhobene Berufung unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten dieser Instanz verworfen.

---

*) Das Stadt-Gericht hat erachtet, die Cession werde durch den Mangel der Uebergabe der Urkunde nicht beeinträchtigt, da in derselben die Forderung nicht verkörpert sei. Wohl aber könne Dolder als Donator, sowie die Kläger als dessen Cessionare die Auslieferung der über die abgetretene Forderung erachteten Urkunde nach bekannten Rechtsgrundsätzen verlangen.

Digitized by Google

Juriſtiſche Geſellſchaft.

Monatliche Rundſchau der gerichtlichen Entſcheidungen.

December 1868.

A. Obertribunal.

74.

Suſanna Heß, Klägerin gegen Dr. Loh und Conſorten, Beklagte, Forderung betr.

1) Correal-Schuldner haften auch dann für Darlehnsſchuld, wenn das Geld an Dritte gezahlt wurde, da die Hingabe in verſchiedenen Formen und Modalitäten erfolgen kann.
2) Das von Einigen der correi eingegangene pactum de non petendo wirkt auf die übrigen correi nicht ein; ein Nachlaß-Vertrag im Concurſe iſt ein pactum de non petendo.
3) Compenſation einer illiquiden Forderung gegen eine liquide iſt unzuläſſig.

Das Ober-Tribunal beſtätigte am 22. September 1868 die verurtheilenden Erkenntniſſe des Stadtgerichts vom 2. September 1867 und des Appellations-Gerichts vom 18. December 1867. —

Gründe.

Für die Frage, welcher rechtlichen Natur die von den Ober-Appellanten in der Urkunde vom 29. September 1859 übernommene Verbindlichkeit iſt, kommt es erſichtlich zunächſt auf die Interpretation der Urkunde ſelbſt an, und da muß den Richtern beigepflichtet werden, daß deren weſentlicher Inhalt entſchieden für die Annahme einer von ſämmtlichen Unterzeichnern der Urkunde übernommenen Correalſchuld ſpricht, und daß der Zweifel, welchen die Ueberſchrift „Solidar-Verbürgung" ſowie der Verzicht auf die ſonſt dem Bürgen zuſtehenden Einreden dagegen zu wecken ſcheinen, nicht ſo erheblich iſt, daß dadurch das aus dem Geſammtinhalte der Urkunde ſich ergebende Reſultat aufgehoben werden könnte.

Digitized by Google

Dies nun vorausgesetzt, hätte den Verklagten der Gegenbeweis obgelegen. Ihre Sache wäre es gewesen, Thatsachen aufzustellen, die auf ein dem durch die Auslegung der Vertrags-Urkunde gewonnenen Resultate entgegengesetztes schließen zu lassen geeignet wären. Dies ist ihrerseits nicht geschehen.

Denn der Umstand, daß die Darlehnssumme schon vor Ausstellung der Urkunde in den Händen der Loh'schen Eltern gewesen, daß dieselbe von der Darleiherin nicht direct, sondern durch Anweisung auf einen Dritten hergegeben, oder daß dieselbe Summe von den Loh'schen Eltern früher schon aus einem anderen Verhältnisse verschuldet gewesen sein soll, steht der Voraussetzung einer für dieses Darlehn von sämmtlichen Unterzeichnern der Urkunde vom 29. September 1859 übernommenen Correal-Verbindlichkeit nicht entgegen.

l. 15. D. de rebus cred. (12, 1.)

Wenn die Natur des Realcontracts die Hingabe einer Geldsumme an sich als nothwendige Grundlage des Rechtsverhältnisses erscheinen läßt, so kann diese Hingabe dagegen in verschiedenen Formen und Modalitäten erfolgen, und es bringt gerade das Wesen der Correal-Verbindlichkeit (das Eintreten mehrerer Subjekte für ein Verpflichtungsobjekt) es mit sich, daß die Darlehnssumme nicht in die Hand eines jeden Correus gelegt werden kann.

Andere Thatsachen, als die hervorgehobenen, sind von den Verklagten für ihre Behauptung, daß von ihnen nur eine Bürgschaftsleistung beabsichtigt worden, nicht geltend gemacht.

Ihre Beschwerde darüber, daß ihnen ein weiterer Beweis nicht gestattet sei, ist daher hinfällig.

Muß hiernach an der Annahme einer von den Verklagten übernommenen Correalschuld festgehalten werden, so ist davon eine nothwendige rechtliche Consequenz, daß sie das mit ihren Eltern, den Loh'schen Eheleuten, geschlossene pactum de non petendo für sich nicht anrufen, daraus ein Erlöschen ihrer Verbindlichkeit nicht herleiten können. Ein dem Schuldner im Conkurs bewilligter Nachlaßvertrag ist als ein pactum de non petendo in personam zu betrachten.

Es kommt aber auf den Unterschied zwischen pactum in personam und in rem nicht einmal an, da nach dem reinen Correal-Verhältnisse

Digitized by Google

auch bei dem letzteren der andere correus dem Gläubiger die pacti exceptio nicht entgegensetzen kann.

von Savigny, Obligationen-Recht I. S. 176;

es sei denn, daß ein anderes dem Correal-Verhältniß an sich fremdes Rechtsverhältniß hinzutritt.

Dies Letztere haben in dieser Instanz die Verklagten geltend zu machen versucht, indem sie auf die von der Klägerin in erster Instanz in der Replik gelegentlich aufgestellte Behauptung, der Sohn Heinrich Loh sei Theilhaber an dem Maurergeschäfte des Vaters gewesen, zurückgekommen sind. Sie haben damit die Voraussetzung einer zwischen zweien der correi debendi bestandenen Societät verbunden, was mit Rücksicht auf l. 25. pr. de pactis (2, 14.) für das Verhältniß der betreffenden correi, insbesondere für die Befugniß des Einen in Folge des mit dem Anderen geschlossenen Nachlaßvertrages sich der Exception zu bedienen maßgebend sein soll.

Allein es erledigt sich dieser Punkt einfach durch die Erwägung, daß die Verklagten jene, übrigens gar nicht in der Absicht, ihnen ein Zugeständniß zu machen, aufgestellte Behauptung ausdrücklich und speciell in Abrede gestellt haben, und dieselbe daher jetzt nicht wieder aufzugreifen und gegen die Klägerin zu wenden vermögen.

Anlangend die vorgeschützte Compensations-Einrede, so findet die Entscheidung der vorigen Richter in l. 14 cod. de compens. (4, 31.) ihre vollständige Begründung.

Diese Gesetzstelle enthält eine gemeinrechtliche Vorschrift des Verfahrens, deren fortdauernde Gültigkeit nicht bezweifelt werden kann, und die durch die Grundsätze der Eventualmaxime, wie solche der Reichsabschied von 1654 aufstellt, keinerlei Beschränkungen erleidet, zu diesen vielmehr außer aller Beziehung steht.

75.

G. L. v. K. und Anna Ch. M., Kläger gegen Fried. Wilh. M., Beklagten, Einwilligung zur Ehe betreffend.

1) Aufhören der väterlichen Gewalt durch Gründung eignen Haushalts seitens großjähriger Kinder, insbesondere Töchter durch Eingehung einer Ehe ohne elterliche Beihülfe.

Digitized by Google

2) Einwilligung der Eltern zur Ehe auch von großjährigen Kindern aus Ehrerbietung nachzusuchen.
3) Verweigerung des Consenses nur aus Gründen, welche entweder Ehehindernisse oder natürliche Bedingungen des Bestandes einer Ehe (namentlich genügende Subsistenzmittel) sind.
4) Supplirung des Consenses durch das Gericht, namentlich mit Rücksicht auf das reife Alter und die Selbstständigkeit der Tochter.

Das Stadtgericht I. erkannte am 13. November 1867, daß der Beklagte schuldig sei, die Einwilligung zur Ehe der Kläger zu ertheilen, ansonst solche gerichtlich supplirt werden solle, indem es erwog:

2) daß dem Mitkläger v. K. zwar kein selbstständiges Klagrecht gegen den Beklagten auf Ertheilung des väterlichen Consenses zur Ehe mit dessen Tochter zustehet, seine Vereinigung mit der letzteren zur Anstellung einer solchen Klage jedoch, als deren Zweck entsprechend, vollkommen statthaft erscheint;
3) der Umstand, daß die bereits 43 Jahre alte, mithin in reifem Alter stehende Klägerin die väterliche Wohnung verlassen hat, nur in dem, nicht vorliegenden Falle, daß dieselbe den Beklagten mit der Bestreitung ihres Unterhaltes in Anspruch nähme, den Beklagten berechtigen könnte, vordersamst deren Rückkehr zu verlangen;
4) ein heimliches Verlöbniß der Kläger im Sinne der Rathsverordnung vom 15. September 1733 in dem Umstande, daß sich dieselben vor Einholung der Einwilligung des Beklagten ihrer gegenseitigen Geneigtheit sich zu ehelichen versichert haben, nicht gefunden werden kann, ein Mehreres aber vom Beklagten in genügender Weise nicht behauptet werden konnte;
5) die Einrede des Beklagten, daß die Klägerin unter ausdrücklicher Anerkennung der elterlichen Weigerungsgründe versprochen habe, von der fraglichen Heirath abzustehen, wenn ein derartiges Versprechen auch nicht für schlechthin unwirksam angesehen werden kann, doch jedenfalls der Zeit und den übrigen in Betracht kommenden Modalitäten nach thatsächlich nicht genügend substantiirt erscheint, um darin einen die Klägerin dem Beklagten gegenüber rechtlich bindenden Verzicht erkennen zu können; ebenso auch

6) der Einwand, daß v. K. gänzlich vermögenslos, ohne sicheres Einkommen und deßhalb außer Stand sei, einer Familie den nothwendigen Lebensunterhalt zu verschaffen, theils bereits aktenmäßig widerlegt, theils aber auch jedenfalls thatsächlich nicht genügend begründet ist, um eine Beweisauflage zu rechtfertigen, da, wenn schon das vorgerückte Alter des v. K. für dessen Erwerbsfähigkeit keine dauernde Garantie bietet, Beklagter doch keineswegs, worauf es allein ankommt, zu behaupten vermochte, daß v. K. dermalen erwerbsuntüchtig sei, vielmehr seine Einrede mit Ungrund darauf stützt, daß derselbe Schulden habe und auch in früherer Ehe häufig in Geldverlegenheit gewesen sei;

7) die auf Rückkehr der Klägerin in das elterliche Haus gerichtete Widerklage nach dem zu 3 oben Gesagten nicht begründet erscheint.

Das Appellations-Gericht bestätigte am 13. März 1868 dieses Erkenntniß, doch mit der Maßgabe, daß die Klage des v. K. abzuweisen sei, indem es den Gründen des Stadtgerichts beifügte:

3) Daß jedoch der Verlobte v. K. zur Anstellung der Klage nicht berechtigt war,

Glück, Pand. Com. Bd. XXIII. p. 56. not. 56.

und demnach unter Verurtheilung in die durch seinen Anschluß an die Klage etwa veranlaßte Kosten abgewiesen werden mußte;

4) daß, wenn auch bezüglich der zeitweiligen Entfernung der Klägerin aus dem elterlichen Hause die Bedingungen einer deutschrechtlichen Emancipation nach der Vorschrift der Reform. II. 1., 9. bis jetzt nicht vollständig vorliegen, der Beklagte also allerdings berechtigt sein würde, die Rückkehr der Klägerin als seine Haustochter in seinen Haushalt zu verlangen, doch bei dem Siege derselben in der Vorklage die auf diese Rückkehr abzielende Widerklage sofort wieder grundlos erscheinen muß.

Das Ober-Tribunal bestätigte am 8. September 1868.

Gründe.

Nach dem heutigen gemeinen Rechte in Deutschland, wovon das Frankfurter im Anschluß an §. 9. II. 1. Reform. nicht abweicht, kön-

Digitized by Google

nen großjährige Personen durch Gründung eines eigenen Haushaltes und insbesondere Töchter durch Eingehung einer Ehe, worin sie keiner elterlichen Unterstützung bedürfen, sich der väterlichen Gewalt entziehen. Zur Verehelichung haben sie jedoch die Einwilligung der Eltern in Anerkennung ihrer Pflicht der Ehrerbietung und des Gehorsams gegen dieselben nachzusuchen.

Allein den Eltern steht das Recht, die Einwilligung zu verweigern, nur aus Gründen zu, welche entweder gesetzliche Ehehindernisse oder natürliche Bedingungen des Bestandes einer Ehe sind, zu welchen letzteren die nothwendigen Subsistenzmittel der Gatten und ihrer muthmaßlichen Nachkommenschaft gehören. Verweigern die Eltern ihren Konsens aus anderen Gründen, so tritt das Richteramt an ihre Stelle, wie selbst unter der Herrschaft der strengeren väterlichen Gewalt des Römischen Rechts die Obrigkeit einzuschreiten hatte.

L. 19. D. de rit. nupt. 23, 2.

Die herrschende Rechtsanschauung gestattet um so weniger, daß Eltern ihren Kindern den Ehekonsens ohne nöthigende Gründe der elterlichen Fürsorge für das Wohl derselben versagen und sie dadurch an einer Ehe verhindern, je weiter der natürliche Beruf der Kinder zur Selbstständigkeit und zu einem eigenen Familienleben vermöge ihres Alters und ihrer geistigen und körperlichen Fähigkeiten vorgeschritten ist.

Demgemäß hat Verklagter selbst in der Appellations-Ausführung zweiter Instanz mit Recht für den entscheidenden Grund seines Widerspruches gegen die Ehe der Kläger seine Behauptung erklärt, daß es dem ꝛc. v. K. an den nöthigen Erfordernissen zur Ernährung einer Familie mangele, und sein sonstiges Vorbringen als einen künstlichen Beweis dieser Behauptung bezeichnet.

Allein die von ihm artikulirten Thatsachen können einen solchen Beweis nicht schaffen, indem sie unter den obwaltenden Umständen nicht den Schluß rechtfertigen, daß der Ehebund der Ober-Appellaten nicht in einem zureichenden, ihren bisherigen Verhältnissen entsprechenden Nahrungsstande sich erhalten werde. ꝛc. v. K. ist unbestrittenermaßen noch erwerbsfähig, besitzt eine Jahresrente von — fl. und eine häusliche und gewerbliche, beziehungsweise künstlerische Einrichtung, und eine Vergleichung der Auslassungen beider Parteien läßt in der

Digitized by Google

jüngsten Vergangenheit eher eine Verminderung, als eine Vermehrung seiner, an sich keineswegs unverhältnißmäßigen Schulden erkennen. Daß der Bestand derselben demnach sein Aktiv-Vermögen übersteige, ist unerwiesen, und kann aus den vom Ober-Appellanten angegebenen Thatsachen, wenn sie auch wahr wären, nicht gefolgert werden.

Ein Beweis-Interlokut hierüber war daher nicht zu erlassen.

Die Klägerin ihrerseits ist ebenso unbestrittenermaßen arbeitsfähig, namentlich zur Führung eines Haushalts im Stande; in der Ober-Appellationsschrift wird sogar hervorgehoben, daß sie unverheirathet eine Stütze des Ober-Appellanten sein könnte, und Charakter und Lebenswandel beider Kläger sind unangefochten.

Verklagter wirft dem ꝛc. v. K. zwar vor, derselbe habe durch „Verstrickungskünste" die Klägerin in dem Maße geblendet, daß sie wider besseres, früher wiederholt ausgesprochenes Wissen sich ins Unglück mit ihm stürzen wolle: er deutet jedoch gar nicht an, worin diese Verstrickungskünste bestanden haben, es sei denn, daß er die Willensbestimmung der Klägerin zur Wiederaufnahme des vor einigen Jahren aufgegebenen Ehebündnisses und die jetzige Beharrlichkeit beider Kläger dabei ohne Weiteres als Verstrickungskunst charakterisiren zu müssen glaubt.

Wenn nun aber Ober-Appellant in gegenwärtiger Instanz noch sein eigenes pekuniäres Interesse und seine Besorgniß, daß Klägerin ihm als Wittwe zur Last fallen könnte, geltend zu machen sucht, so ist einestheils bei dem eigenen Alter desselben und nach Lage der übrigen Verhältnisse nicht ersichtlich, weßhalb Klägerin, welche auf jede Ausstattung und sonstige Beihülfe ihres Vaters zu ihrer Ehe verzichtet, nach Auflösung derselben ihn mehr, wie im unehelichen Stande, belästigen würde, anderntheils aber nicht *sein* Wohl, sondern dasjenige seiner Tochter für die Entscheidung über die Zulässigkeit ihrer Ehe maßgebend.

Im Uebrigen behält es bei den nicht widerlegten Gründen der vorderrichterlichen Erkenntnisse sein Bewenden.

Dem Mitkläger ꝛc. v. K. gegenüber war die Ober-Appellation schon seiner Abweisung in zweiter Instanz halber, wobei er sich beruhigt hat, ungerechtfertigt. Da sie nichts destoweniger auch gegen

Digitized by Google

ihn gerichtet, und er also veranlaßt worden ist, die dritte Instanz mit der Klägerin auszutragen, so mußten sämmtliche Kosten dem unterliegenden Ober-Appellanten auferlegt werden.

76.

Ernst Keil, Kläger, gegen Dr. G. H. Otto Volger, Beklagten, Forderung betr.

1) Prüfung eines Verlags-Vertrags zwischen Autor und Verleger.
2) Stillschweigende Verzichte sind nicht zu vermuthen.
3) Steht dem Autor ein klagbares Recht auf den Druck seines Werks zu oder erfüllt der Verleger seine Gegenleistung durch Zahlung des Honorars? wie bei dem Falle, wenn das Honorar nur durch den Druck seinem Betrage nach festzustellen ist?

Es handelte sich in der dritten Instanz nur noch um den Anspruch auf Zurückzahlung von 200 Thlr., welchen der Ober-Appellant in seiner bei dem Königlichen Stadtgericht zu Frankfurt a. M. angebrachten Klage geltend zu machen sucht, da derselbe die weitergehenden Klaganträge im Laufe der Instanzen hat fallen lassen, und da die Entscheidung des Königlichen Appellationsgerichts, insoweit durch dieselbe die Seitens des Verklagten angestellte Widerklage abgewiesen worden ist, inzwischen die Rechtskraft beschritten hat.

In Betreff des hiernach noch übrig gebliebenen Streitpunktes steht nach den in den wechselseitigen Schriftsätzen der Partheien enthaltenen Angaben Folgendes fest:

> Im Jahr 1856 wurde von dem damaligen Redacteur der Zeitschrift: „Bücher der Natur" dem Professor Roßmäßler in Leipzig bei dem Beklagten ein populair gehaltener, für das größere gebildete Publikum bestimmter naturwissenschaftlicher Aufsatz in Bestellung gegeben, und demselben hierfür ein Honorar von 16 Th. pro Druckbogen zugesichert. Beklagter lieferte demgemäß eine Abhandlung über Krystallographie ein, dessen Aufnahme in die gedachte Zeitschrift ihm zugesichert wurde. Der Aufsatz erschien aber nicht im Druck, und der Verleger der Zeitschrift, der jetzige Kläger, ließ dieselbe im Jahre 1859 eingehen, und machte dem Beklagten den Vorschlag, sein inzwischen antiquirtes Manuscript zu einem für Fachgenossen be-

stimmten selbstständigen Werk mit Berücksichtigung der im Laufe der letzten Jahre eingetretenen Fortschritte in den Naturwissenschaften umzuarbeiten und zu vervollständigen. Beklagter erklärte sich auch in einem an ꝛc. Roßmäßler gerichteten Schreiben vom Mai 1859 hierzu bereit, verlangte aber zugleich, da er erst eine Abschlagszahlung von 100 Thl. auf sein Honorar im Juni 1857 erhalten hatte, weitere Abschlagszahlungen. Eine solche erhielt er auch im August 1859 und im August 1860 schickte Kläger ihm sein Manuscript zur Umarbeitung zurück. Beklagter hat die versprochene Umarbeitung des Aufsatzes nicht geliefert, und Kläger hat in den Instanzen auf diese neue Arbeit, als ihm jetzt nicht mehr dienlich, verzichtet.

Dagegen sind die übrigen in den Instanzen aufgestellten Behauptungen bestritten; dahin gehört:

1) Die vom Kläger in der Replik erst gemachte Behauptung, daß die beiden Zahlungen von je 100 Thlr. nicht auf Abschlag auf das bereits verdiente Honorar des Beklagten, sondern als Vorschuß auf die erst 1859 versprochene Arbeit geleistet worden sei. Diese Behauptung des Klägers ist, nachdem ihr vom Verklagten entschieden widersprochen worden war, in der Ober-Appellations-Rechtsfertigungsschrift nicht reproducirt worden.

2) Gehört dahin die ebenfalls in der Replik erst aufgestellte Behauptung, daß nämlich das Manuscript des Beklagten wegen der Mangelhaftigkeit der demselben beigefügten Abbildungen nicht zum Druck gelangt sei. Nachdem auch dieser Behauptung des Klägers vom Verklagten mit der Bemerkung entschieden widersprochen worden war, daß ꝛc. Roßmäßler sich sehr anerkennend nicht nur über das Manuscript selbst, sondern auch über die demselben beigefügten Abbildungen ausgesprochen habe, hat Kläger in der Ober-Appellations-Rechtfertigungsschrift seine Behauptung mit dem Bemerken fallen lassen, daß er davon absehen wolle, ob Beklagter ein Recht gehabt haben möge, auf die Erfüllung des zuerst abgeschlossenen Verlags-Vertrags zu dringen, oder ob ihm dabei die behauptete Mangelhaftigkeit seiner Arbeit entgegen gestanden haben würde.

Digitized by Google

Sodann gehört dahin

3) die vom Beklagten aufgestellte Behauptung, daß ꝛc. Roßmäßler ihm bestimmt für die Ostermesse 1857 die Zahlung seines ganzen Honorars zugesichert gehabt habe, wovon Kläger keine Kenntniß zu haben vorgibt, sowie die Behauptung des Beklagten, daß das Honorar für sein Manuscript sich auf 280 Thlr. berechne, während der Kläger nur den Betrag von 200 Thlr. zugibt.

Endlich bestreitet

4) der Verklagte, daß im Jahre 1859 außer seinem Versprechen zur Umarbeitung seines früheren Manuscriptes zwischen ihm und dem Kläger irgend eine weitergehende Vereinbarung abgesprochen worden sei.

Das Stadtgericht I. hat am 19. August 1867 unter Abweisung der Widerklage den Beklagten zur Zahlung von fl. 350 — sammt Zinsen und Kosten — verurtheilt; das Appellationsgericht hob am 22. November 1867 dieses Erkenntniß auf und gab dem Kläger zu beweisen auf, daß zwischen ihm und dem Beklagten im Jahre 1860 folgende Vereinbarung getroffen worden sei:

> Der Beklagte solle das Manuscript zurücknehmen und dasselbe so umarbeiten, daß es als selbstständiges Werk, in welchem die Fortschritte in den Naturwissenschaften, welche seit der Abfassung des Manuscripts gemacht worden seien, Berücksichtigung gefunden hätten, erscheinen könne. Die von den Beklagten bereits erhaltenen 200 Thlr. sollten nachdem das Honorar für das umgearbeitete Manuscript auf Grund des für das erste Manuscript vereinbarten Satzes von 16 Thlr. für den Druckbogen festgestellt worden sei, auf dieses Honorar dem Beklagten aufgerechnet werden.

Das Ober-Tribunal bestätigte am 8. September 1868 dieses Erkenntniß.

Gründe.

Kläger sucht aus dem Thatbestand, soweit er unbestritten feststeht, seinen Klageanspruch zu rechtfertigen, indem er behauptet,

Digitized by Google

daß der Beklagte durch die im Jahre 1860 erfolgte Zurücknahme seines Manuscriptes behufs der Umarbeitung desselben zu erkennen gegeben habe, daß er auf den ersten Verlagsvertrag von 1856 sowie auf die ihm aus demselben allenfalls zustehenden Rechte verzichten, und sich mit demjenigen Honorar begnügen wolle, was er durch die 1859 übernommene neue literarische Arbeit verdienen werde, und dies zwar um so mehr, als er bei seinem Anerbieten zur Umarbeitung des Manuscripts weiter nichts als die weitere Abschlagszahlung von 100 Thlr. gefordert habe, die ihm auch im August 1859 ausbezahlt worden sei. Beklagter habe auf die Erfüllung des ersten Verlagsvertrags und namentlich auf den Druck seines Manuscripts nicht gedrungen, was schon um deßwillen nothwendig gewesen wäre, weil erst durch den Druck seines Aufsatzes der Betrag des Honorars hätte bestimmt werden können, und das Honorar erst fällig geworden sein würde. Hätte der Beklagte auf der Erfüllung des ersten Verlags-Vertrags bestehen wollen, und zu dem Ende die weiteren 100 Thlr. gefordert, so hätte er dies ausdrücklich dem Kläger anzeigen müssen, weil er widrigenfalls contra bonam fidem gehandelt haben würde.

Daß dieses Raisonnement juristisch unhaltbar, und daher nicht geeignet ist, den streitigen Klagantrag zu rechtfertigen, liegt auf flacher Hand. Denn abgesehen davon, daß stillschweigende Verzichtleistungen auf wohlerworbene Rechte mit rechtlicher Wirksamkeit nicht vermuthet werden können, — so sind die für den angeblichen Verzicht angeführten Momente keineswegs concludant. Der Verklagte hatte durch die im Jahr 1856 erfolgte Ablieferung der von ihm begehrten, und der Anforderung damals entsprechenden literarischen Arbeit das ihm dafür zugesicherte Honorar ohne allen Zweifel verdient; daß den Verklagten ein Verschulden treffe, in Folge dessen die von ihm eingelieferte Abhandlung durch deren Aufnahme in die Zeitschrift des Klägers damals nicht verwerthet worden und demnächst antiquirt ist, behauptet Kläger selbst jetzt nicht mehr, und daß das Honorar dafür mindestens auf 200 Thlr. sich berechne, ist ebenfalls nicht streitig. Ein irgend wie haltbarer Grund, aus welchem Beklagter sich hätte veranlaßt finden können, auf sein verdientes Honorar und namentlich auf dasjenige zu verzichten, welches er bereits vor dem Jahre 1860 empfangen hatte,

Digitized by Google

iſt vom Kläger nicht angeführt, obgleich eine ſolche Verzichtleiſtung ohne ganz beſondere Beweggründe, von denen nichts conſtirt, jedenfalls nicht anzunehmen iſt, und zwar um ſo weniger, als die neue ihm aufgetragene Arbeit nach der eigenen Darſtellung des Klägers eine tief in die Naturwiſſenſchaften eingehende, alſo umfangreichere, und daher ſchwierigere werden ſollte, für welche dem Beklagten ein beſonderes Honorar, ſelbſt ohne vorgängige Verabredung darüber, gebührt haben würde. Dazu kommt, daß nach der eigenen Angabe des Klägers er es geweſen iſt, der die neue Arbeit verlangte und beſtellte, und daß er dem Verklagten ohne deſſen Aufforderung das Manuſcript zurückgeſchickt hat. Die von dem Kläger erſt in der Replik aufgeſtellte Behauptung,

> als ſeien die beiden Zahlungen von je 100 Thlr. nicht auf Abſchlag auf das verdiente Honorar, ſondern als Vorſchuß auf die zu liefernde neue Arbeit geleiſtet worden,

ſteht im direkten Widerſpruch mit dem Inhalt des Klaglibells, ſie ſteht aber auch mit dem Umſtande in Widerſpruch, daß die eine Zahlung von 100 Thlr. ſchon im Jahre 1857 alſo lange vor der Zeit geleiſtet worden iſt, zu welcher die Verhandlungen wegen Umarbeitung des Manuſcriptes begonnen haben ſollen, und Kläger iſt auch, nachdem jener Behauptung Seitens des Beklagten auf das Entſchiedenſte widerſprochen worden war, in ſeinen letzten Schriftſätzen nicht weiter zurückgekommen.

Ein ganz unerheblicher Umſtand iſt es, daß Beklagter nach dem Jahre 1859 auf den Druck ſeines, damals ſchon antiquirten Manuſcriptes nicht weiter gedrungen hat; denn eines Theils war damals, wie Kläger ſelbſt einräumt, die Zeitſchrift „Bücher der Natur" für welche der Aufſatz beſtimmt war, bereits eingegangen, und andern Theils hatte der Beklagte, mochte er auch ein Intereſſe bei dem Druck ſeines Manuſcriptes inſofern haben, als dadurch ſein ſchriftſtelleriſcher Name in weiteren Kreiſen bekannt wurde, — doch wenigſtens kein klagbares Recht auf den Druck*), da ihm nach der Angabe des Klägers nichts als das bedungene Honorar zugeſichert war, durch deſſen Zah-

*) Anm. der Red. S. jedoch Morſtadt's kritiſch-pragmatiſcher Commentar über Mittermaier's Theorie vom Verlagscontracte S. 4. Dr. M.

lung also Kläger seine vertragsmäßige Gegenleistung erfüllt haben würde. Welche Veranlassung Beklagter gehabt haben sollte, bei dem Abkommen von 1859 ausdrücklich zu erklären, daß er den ersten sogenannten Verlags-Vertrag aufrecht erhalten wissen wolle, ist nicht abzusehen, da er seinerseits denselben rite erfüllt hatte, und da schon in der vom Kläger selbst zugestandenen Forderung einer weiteren Abschlagszahlung von 100 Thlr. genügend ausgedrückt war, daß er nicht geneigt sei, seine Ansprüche auf das bereits verdiente Honorar fallen zu lassen. Noch viel unhaltbarer ist endlich die Ansicht des Klägers, daß das Honorar des Beklagten nur durch den Druck des Manuscriptes seinem Betrage nach hätte ermittelt werden können, und daß es erst nach dem Druck desselben fällig geworden wäre. Denn das Eingehenlassen der klägerischen Zeitschrift hing nur von dem Entschluß des Klägers ab, ohne daß hierauf dem Beklagten irgend welcher Einfluß zu Gebote stand. Wäre also der Druck des Manuscriptes die Bedingung für die Zahlbarkeit des Honorars gewesen, — was Kläger selbst nirgends behauptet hat, und was nach der Natur der zwischen einem Verleger und einem Schriftsteller abzuschließenden Verträge der vorliegenden Art gar nicht denkbar ist, — so würde die Bedingung als erfüllt betrachtet werden müssen, da Kläger nach eigener Willkühr sich durch das Eingehenlassen seiner Zeitschrift in die Unmöglichkeit versetzt haben würde, den Eintritt der Bedingung herbeiführen zu können, und es würde dann eben auf andere Weise, als durch den Druck, die Höhe des Honorars haben bestimmt werden müssen. Ob dem Kläger ein klagbarer Anspruch auf Erfüllung der angeblichen Vereinbarung von 1859 zustehen mag, gehört nicht hierher, und es ist diese Frage hier um so weniger zu untersuchen, als Kläger nach Inhalt seiner Schriftsätze auf die nachträgliche Lieferung dieser Arbeit aus dem Grunde ausdrücklich verzichtet hat, weil diese Arbeit ihm jetzt nicht mehr dienlich sein würde.

Wenn hiernach der Kläger sicherlich selbst dann nicht beschwert gewesen sein würde, falls der Appellations-Richter nach Lage der Akten den hiernach streitigen Klagpunkt ohne Weiteres als unbegründet abgewiesen hätte, so kann derselbe um so weniger dadurch beschwert sein, daß der Appellations-Richter in den Auslassungen

Digitized by Google

des Klägers hinreichende Momente zu der Annahme finden zu können geglaubt hat,

daß Kläger ein ausdrückliches Uebereinkommen unter den Parteien des Inhaltes, wie im angefochtenen Interlokut näher präcisirt worden, habe behaupten wollen,

und daß der Appellations-Richter dem Kläger den Beweis über eine solche ausdrückliche Abrede, durch welche nach Lage der Sache der streitige Klageanspruch nur mehr justificirt werden könnte, noch nachgelassen hat.

Die eingelegte Ober-Appellation entbehrt sonach jeder Begründung, und war daher, wie geschehen, das angefochtene Erkenntniß lediglich zu bestätigen.

77.

Philipp Schaffner, Kläger gegen seine Ehefrau, geb. Klug, Ehescheidung betr.

Eingaben beim Ober-Tribunal müssen von einem beim Ober-Tribunal angestellten Anwalte unterzeichnet sein, Beschwerdeführung und Anwalts-Bestellung ausgenommen.

Das Ober-Tribunal weist am 22. Sept. 1868 die Eingabe des Klägers zurück, da dieselbe als Restitutionsgesuch nach §. 9 der Verordnung vom 12. December 1866 nicht berücksichtigt werden könne.

78.

Privatklage des Alexander Voltz von hier, gegen Michael Adam Saam von Groß-Steinheim, wegen Verleumdung.

Die Frage, ob eine behauptete Thatsache geeignet sei, einem Andern in der öffentlichen Meinung dem Hasse oder der Verachtung auszusetzen (§. 156 des St.-G.-B.) ist thatsächlicher Natur, ihre Beantwortung kann daher nicht Gegenstand einer Nichtigkeitsbeschwerde sein, insoferne derselben nicht ein Rechtsirrthum zum Grunde liegt.

Der Kläger Voltz hatte die Bestrafung des Beschuldigten Saam auf Grund des §. 156 des St.-G.-B. beantragt, weil derselbe geständiger- und erwiesenermaßen vor Zeugen geäußert hatte: „Kläger sei mit einem Rehbock im Gräfenhäuser Wald erwischt worden und ferner: er, Beschuldigter, habe gehört, daß „Kläger wegen eines Bockes in Gräfenhausen denuncirt sei."

Das Rügegericht erklärte nach stattgehabter Verhandlung in seinem Urtheil vom 9. Juli 1868 den von dem Beschuldigten versuchten Wahrheitsbeweis für völlig mißlungen und befand, daß die behauptete unwahre Thatsache den Vorwurf enthalte, daß Kläger in fremdem Jagdbezirk, ohne die Berechtigung hierzu zu haben, die Jagd ausgeübt habe und deßhalb angezeigt worden sei, daß somit dem Kläger eine Handlung vorgeworfen worden, welche nach §. 274 des St.-G.-B. als ein „Vergehen" und nach Art. 14 und 15 des hier einschlägigen Gr. hess. Jagdstrafgesetzes vom 19. Juli 1858 als ein „Jagdfrevel" mit Geldbuße und Gefängniß bestraft werden soll, daß aber der Vorwurf eines solchen Jagdvergehens oder Jagdfrevels geeignet sei, dem Rufe des Andern zu schaden und denselben in der öffentlichen Meinung, namentlich aber bei den hier zunächst interessirten Persönlichkeiten, dem Hasse und der Verachtung auszusetzen, daß dagegen die Behauptung der Vertheidigung, Beschuldigter habe dem Kläger nur eine geringfügige Jagdpolizeiübertretung nachgeredet, deren Vorwurf nicht als Verleumdung in Betracht kommen könne, unbegründet erscheine, da einentheils bei der Allgemeinheit des gemachten Vorwurfs eine solche beschränkte Auffassung jeden Anhaltspunktes entbehre, anderntheils Beschuldigter, selbst nicht einmal während der gerichtlichen Verhandlung angegeben habe, welche specielle Uebertretung er dem Kläger habe nachreden wollen.

Demgemäß erkannte das Rügegericht den Beschuldigten des Vergehens der Verleumdung für schuldig und verurtheilte ihn unter Annahme mildernder Umstände in eine Geldbuße von fl. 25, sowie in die Kosten.

Die Strafkammer hob auf die von dem Beschuldigten angezeigte Berufung das erstinstanzliche Urtheil durch Erkenntniß vom 8. September 1868 auf und sprach den Beschuldigten frei, indem es von der Erwägung ausging, daß die den Gegenstand der Klage bildenden Aeußerungen keineswegs nothwendig die Auslegung finden müssen, daß der Kläger sich eines Jagdvergehens, insbesondere eines aus Gewinnsucht verübten, schuldig gemacht habe, der Beschuldigte vielmehr auch eine leichte Uebertretung im Sinne gehabt haben könne, im Zweifel aber jedenfalls nach allgemein anerkannten strafrechtlichen

Digitized by Google

Grundsätzen zu Gunsten des Beschuldigten die mildere Auslegung adoptirt werden müsse, die Begehung einer Jagdübertretung aber selbstverständlich ebensowenig, wie z. B. eine geringe Uebertretung der Fahrordnung und dergl. geeignet sei, Jemanden in der öffentlichen Meinung dem Hasse und der Verachtung auszusetzen.

Gegen dieses Urtheil wurde von Seiten des Klägers das Rechtsmittel der Nichtigkeitsklage angemeldet und gerechtfertigt. Das Ober-Tribunal wies aber dieselbe durch Urtheil vom 29. Octbr. 1868 zurück, unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten.

Gründe

in Erwägung,

daß die Beschwerde des Privatanklägers gegen das den Angeschuldigten freisprechende Erkenntniß der Strafkammer des Kgl. Stadt-Gerichtes zu Frankfurt a. M. nur auf Verletzung und unrichtige Anwendung des Strafgesetzes und von Rechtsgrundsätzen gerichtet, mithin gemäß den §§. 397 und 504 der Straf-Prozeß-Ordnung vom 25. Juni 1867 nur nach dieser Richtung hin zu prüfen ist;

in Erwägung,

daß die Frage, ob eine behauptete Thatsache geeignet sei, den davon Betroffenen in der öffentlichen Meinung dem Hasse oder der Verachtung auszusetzen, thatsächlicher Natur, ihre Beantwortung mithin gemäß §. 389 Nr. 1 a. a. O. nicht Gegenstand eines Angriffes durch die Nichtigkeits-Beschwerde ist, insofern derselben ein Rechtsirrthum nicht zum Grunde liegt;

in Erwägung,

daß ein solcher in der Ausführung des Berufungsrichters nicht gefunden werden kann, weil der letztere nicht schlechthin behauptet, daß die Behauptung oder Verbreitung einer unwahren Thatsache, die nur den Thatbestand einer Uebertretung enthalten würde, niemals geeignet sei, den angeblichen Thäter dem Hasse oder der Verachtung auszusetzen, was allerdings unrichtig sein würde, sondern nur, daß dieses im vorliegenden Falle und unter den obwaltenden Umständen nicht der Fall sei;

Digitized by Google

in Erwägung endlich

daß wenn der Berufungsrichter bei Beantwortung der Frage, ob die dem Kläger von dem Angeschuldigten wahrheitswidrig nachgesagte Thatsache ein Vergehen oder eine Uebertretung darstellen würde, bei der Unbestimmtheit des Ausdruckes sich für das letztere entscheidet und dabei anführt, daß im Zweifel zu Gunsten des Angeschuldigten die mildere Auslegung Platz greifen müsse, darin ebenfalls ein Rechtsirrthum nicht liegt, und der Kostenpunkt nach §. 509 a. a. O. zu entscheiden ist.

79.

Kolb und Genossen, gegen Dr. Th. Lau, wegen Verleumdung.

Zu §§. 353 und 386 der Straf-Prozeß-Ordnung: Feststellung bei negativem Resultat des wieder aufgenommenen Beweis-Verfahrens.

Auf Klage der früheren Redakteurs der „Neuen Frankfurter Zeitung" Kolb und Genossen war der Redakteur der Frankfurter Börsenzeitung Dr. Th. Lau, in 1ter Instanz freigesprochen, von der Berufungskammer wegen der in der Schlesischen Zeitung verbreiteten Verleumdung, „die Neue Frankfurter Zeitung sei mit österreichischem Gelde unterstützt worden", zu 14 Tagen Gefängniß verurtheilt worden. Der Beklagte hatte in 2ter Instanz den Beweis der Wahrheit angetreten, war aber nicht erschienen, und die von ihm vorgeschlagenen Zeugen wußten durchaus nichts vorzubringen. Das Urtheil verwies bezüglich dieses rein negativen Ergebnisses lediglich auf das Sitzungsprotokoll. Hierauf stützte sich die Nichtigkeitsklage, indem sie behauptet: Die Berufungskammer sei wie ein Gericht erster Instanz verfahren, wie wenn ein Urtheil 1ter Instanz gar nicht vorliege; sie habe ohne Referat von Neuem erkannt, ohne die thatsächliche Feststellung des ersten Richters anzunehmen. Ebenso wenig seien die Thatsachen und Beweismittel, auf welche sich die Feststellung des zweiten Richters gründe, in den Entscheidungsgründen einzeln angegeben und hierdurch gegen §. 353 der Straf-Prozeß-Ordnung verstoßen.

Das Obertribunal wies unterm 17. Sept. 1868 die Beschwerde zurück a. f. Gr.:

Digitized by Google

1) Die Behauptung, es habe vor der Berathung ein Referat nicht stattgefunden, wird durch das Protokoll widerlegt.

2) Dadurch, daß der Berufungsrichter, wegen sich ihm aufdrängender Bedenken gegen die erste Feststellung das Beweisverfahren wieder aufnimmt, gewinnt er den Standpunkt freier Beurtheilung, und bilde nunmehr nicht die Hervorhebung und Begründung der gegen die 1te Entscheidung obwaltenden Bedenken, sondern die Darlegung der eigenen, aus der Beweisaufnahme geschöpften Ueberzeugung, seine Aufgabe.

3) Bei Ausführung der Vorschriften des §. 353 u. 386 der Straf-Prozeß-Ordnung, wonach die Thatsachen und Beweismittel, worauf sich die Feststellung gründet, einzeln anzugeben sind, muß in Bezug auf das hervorzuhebende Detail ein vernünftiges, die concrete Sachlage berücksichtigendes Ermessen obwalten und kann daher, wenn der Appell-Richter zur Bezeichnung des völlig negativen Resultats einer Beweisantretung auf das Protokoll verweist, hierin ein Verstoß gegen obige Vorschriften nicht gefunden werden.

4) Wenn Nichtigkeitskläger behauptet, er habe bloß ein tadelndes Urtheil über jenseitige Leistungen aufgestellt, so steht dieses in nicht zu vereinigendem Gegensatz zu der Feststellung des Appell-Richters; diese schließt somit jenes aus, womit auch die Berufung auf §. 154 des Straf-Gesetz-Buchs wegfällt.

80.

Johann Geyer von Bornheim, wegen fortgesetzten Betrugs.

Betrug liegt auch dann vor, wenn in den Handlungen, die zum Thatbestand des Vergehens gehören, Widersprüche sich finden, die aber der Beschädigte, wie vorauszusehen war, nicht als solche entdeckt hat.

Johann Geyer von Bornheim war durch Erkenntniß der Strafkammer vom 12. Juli 1868 wegen fortgesetzten Betrugs, da er 1867 und 1868 in 13 Fällen, großentheils nach dem Lande, Heuerlooſe anstatt Spielloose verkauft hatte, zu 1 Monat Gefängniß, 87 fl. 30 kr. Geldstrafe und 1 Jahr Verlust der Ehrenrechte verurtheilt worden. Die Berufung hatte das Appellationsgericht verworfen. Geyer ergriff hierauf die Nichtigkeitsbeschwerde wegen unrichtiger Anwendung des Gesetzes, indem beide Instanzen mit Unrecht Unter-

Digitized by Google

drückung der Thatsache, daß nur Heuerloose abgesetzt worden seien, angenommen hätten; den Loosen, resp. dem größeren Theil derselben sei nämlich die Bezeichnung „Heuerloos" aufgedruckt und aufgestempelt gewesen, und dem gegenüber sei es gleichgültig, daß er die Loose in den Begleitschreiben nicht als Heuerloose bezeichnet habe.

Das Obertribunal wies unter dem 22. October diese Beschwerde zurück, a. f. G.:

Daß sämmtlichen Loosen die Bezeichnung „Heuerloos" aufgedruckt und aufgestempelt war, steht nicht fest. Wäre dieß aber auch der Fall, so hätte der Angeklagte doch die Absicht haben und ausführen können, die Aufmerksamkeit der Käufer in gewinnsüchtiger Absicht und zu deren Nachtheil von der Bezeichnung abzulenken. Der erste Richter hat nun folgende Thatumstände und Thathandlungen festgestellt: Unter den Loosen, die der Angeklagte in Zeitungsannoncen anbot, waren nur planmäßige Spielloose zu verstehen, er verlangte den vollen Einsatz eines Looses erster Klasse, stellte in den Annoncen Hauptgewinne in Aussicht, die durch Heuerloose nicht erzielt werden konnten; sein Verkaufsanerbieten geschah bei Personen, die mit der Lotteriepraxis in Frankfurt a. M. unbekannt waren, er klärte diese auch in den Begleitschreiben nicht über die Eigenschaft der Heuerloose auf. Hieraus haben beide Instanzen entnommen, daß der Angeklagte die Thatsache, daß es sich um Heuerloose gehandelt, absichtlich zum Zwecke der Irrthumserregung unterdrückt habe. Alle Requisite des §. 24 des Str.-G.-B. sind ohne erkennbaren Rechtsirrthum festgestellt; die Nichtigkeitsbeschwerde mußte daher zurückgewiesen werden.

81.

Carl Elkan, Kläger, gegen Abraham Strauß, Beklagten, Forderung betreffend.

1) Fixgeschäft über Waizen auf Grund der Usancen der Frankf. Producten-Börse.
2) Art. 357 Al. 2. des A. D. H. G: ob ein Verkauf als ein unverzüglicher zu betrachten, unterliegt der richterlichen Beurtheilung; nicht nach Stunden, sondern nach Tagen ist zu rechnen.
3) Art. 343 des A. D. H G: die unbeeidigten Notirungsmakler der Frankf. Producten-Börse sind als Handelsmakler im Sinne dieses §. zu erachten, zumal Art. 84 der A. D. H. G. hierin dem örtlichen Verhältnisse Spielraum läßt.
4) Ein offenbarer Schreibfehler darf der Parthei nicht schaden.

Digitized by Google

Die Klage beruht im Wesentlichen auf folgenden Momenten:

a) Beklagter habe am 12. September 1864 dahier 500 Sack Weizen à 200 Zollpfund um fl. 10 pr. Sack, im Mai 1865 dahier zu beziehen, von dem Kläger erkauft;

b) es sei vereinbart worden, daß die Usancen der Frankfurter Productenbörse für das abgeschlossene Geschäft maßgebend sein sollten, und verstehe sich dies auch nach Art. 19 der Börsen-Statuten insofern von selbst, als Beklagter Mitglied dieser Börse sei;

c) am 24. Mai 1865 habe nun laut Bescheinigungen Kläger dem Beklagten nach §. 6 der Statuten gekündigt, worauf derselbe längstens binnen 3 Tagen mit der Empfangnahme habe beginnen müssen

d) da kein Bezug erfolgt, habe Kläger am 29. Mai 1865 die im §. 7 der Satzungen vorgeschriebene notarielle Aufforderung an den Beklagten gerichtet und demnächst am 30. ejusd. auf Rechnung desselben den fraglichen Weizen durch Notirungsmakler an der Productenbörse laut der Schlußzettel um fl. $9^3/_{10}$ resp. $^3/_4$ verkaufen lassen;

e) es verlangt sonach Kläger von dem Beklagten die Differenz und verschiedene Spesen im Gesammtbetrag von fl. 386. 16 kr.

Das Stadtgericht I. wies am 9. August 1867 die Klage ab in Erwägung, daß

der Beklagte gänzlich in Abrede stellt, daß das angebliche Kaufgeschäft perfect geworden, oder daß es auf Grund des an der hies. Productenbörse geltenden Handelsbrauche abgeschlossen worden, oder daß er Mitglied dieser Börse sei; außerdem aber verschiedene Einwendungen vorschützt, namentlich

a) die Kündigung sei ungültig, weil sie nicht die im Art. 343 beziehentlich 356 des A. D. H. G. B. vorgeschriebene Verkaufsandrohung und Gewährung einer Nachfrist enthalte;

b) die am 29. Mai 1865 Mittags $12^1/_2$ Uhr an der Productenbörse geschehene Aufforderung sei verspätet, da sie nach §. 7 der Statuten spätestens am 28. oder jeden Falls am 29. Mai 1865 vor $11^1/_2$ Uhr Vormittags hätte stattfinden müssen;

c) der nicht unverzüglich am 29. — sondern erst am 30. Mai 1865 vollzogene Verkauf sei gleichfalls verspätet im Hinblick auf §. 8 der Statuten, verbunden mit Art. 357, Absatz 2 des A. D. H. G. B.;

Digitized by Google

d) dieser Verkauf sei ferner nicht durch öffentliche Makler vollzogen worden, und endlich

e) simulirt;

in weiterer Erwägung, daß

der Einwand des Beklagten unter 2 b insoweit zutrifft, als allerdings feststeht, daß die quästionirte Aufforderung am 29. Mai Mittags um zwölf ein halb Uhr geschehen ist, während sie nach klarer Vorschrift des §. 7 cit. in fine spätestens bis eilf ein halb Uhr Vormittags hätte geschehen müssen; der Umstand aber, daß in dem beigebrachten Exemplar der Statuten die Zahl 11½ mit Bleistift ausgestrichen und an ihrer Stelle 12¾ gesetzt worden ist, darum keine Beachtung verdient, weil Kläger jede Erläuterung dieser Correctur unterlassen und in dieser Beziehung weder eine Abänderung der Statuten noch die Entstehung einer andern Handels-Usance irgendwo behauptet, vielmehr noch in seiner Replik den Zeitpunkt bis 11½ Uhr Vormittags als spätesten Termin der Aufforderung selbst anerkannt hat; also keinem Zweifel unterliegt, daß die erst um 12½ Uhr geschehene Interpellation verspätet war, und somit die Klage hinfällig wird, indem es keiner Ausführung bedarf, daß bei derartigen Börsengeschäften die geringste Versäumniß der vorgeschriebenen Fristen den Verlust des Forderungsrechts nach sich ziehen muß;

hiernach ein weiteres Eingehen auf die Einreden des Beklagten überflüssig erscheint und ebensowenig von einem, dem Kläger nachzulassenden Beweis seines Klagfundaments die Rede sein kann.

Das Appellations-Gericht erkannte am 6. Januar 1868 auf Beweis, indem es erwog:

Wenn dem Kläger, welcher die Differenzforderung von fl. 386. 16 kr. auf ein nach dem „festgesetzten Handelsgebrauche" (Usancen) der Frankfurter Productenbörse mit dem Beklagten am 12 Sept. 1864 geschlossenes, von diesem geleugnetes Fixgeschäft über 500 Säcke Weizen à fl. 10. zu beziehen im Monat Mai 1865 gründet, und nach diesen Usancen gründen kann,

Hahn, Commentar zum Deutschen Handelsgesetzbuch, 2. Bd. S. 284. 285.

schon jetzt aus seinem eigenen Vorbringen nachzuweisen sein sollte, daß

Digitized by Google

bei Realisirung des Geschäfts die den Differenz-Anspruch bedingende genaue Einhaltung der Vorschriften jener Usancen, insbesondere §. 6—8. derselben, wie der Beklagte behauptet, nicht stattgefunden hat, müßte allerdings die Klage wie unter I. des angefochtenen Bescheids geschehen, sofort abgewiesen werden.

Ein solcher Nachweis erscheint jedoch nicht geliefert.

1) Es kann nicht zweifelhaft sein, daß die nach §. 6 der Usancen §. 13 bei nicht festem Liefertage nach Wahl des Lieferers innerhalb des Lieferungstermins an jedem Tage zu bewirkende Ueberweisung (Kündigung des Termins) an der Börse nach der notariellen Mittheilung, deren Empfang Beklagter einräumt, am 24. Mai 1865 stattgefunden hat.

War damit von Seitens des Verkäufers dem §. 6 a. der Usancen Genüge geleistet, welcher lediglich die Kündigung vorschreibt, keineswegs verlangt, daß mit der Kündigung, wie der Beklagte will, Verkaufsandrohung und Gewährung eine Nachfrist verbunden werde, und hatte demnächst der Käufer nach §. 6 b. binnen 3 Tagen mit der Empfangnahme zu beginnen, so lag

2) Dem Verkäufer weiter ob, den hierin säumigen Käufer nach §. 7 Abs. 2. der Usancen notariell zur Empfangnahme aufzufordern.

Diese Aufforderung hat nicht nur an dem richtigen Orte der als Domicil gewählten Productenbörse, sondern auch, wie abweichend von dem Stadtgericht unter 3 der Gründe des angefochtenen Bescheids schon nach Lage der Vorakten angenommen werden muß, weil vor 12¾ Uhr am 29. Mai erfolgt, rechtzeitig stattgefunden.

Die mit der Klage überreichte notarielle Urkunde bezeichnet den 29. Mai 1865 12½ Uhr als die Zeit, zu welcher der Beklagte auf der Börse interpellirt worden ist.

Der Beklagte hat in der Vernehmlassung geltend gemacht, daß diese Aufforderung schon am 28. Mai 1865 vor 11½ Uhr habe erfolgen müssen.

Nachdem Kläger hierauf in der Replik unter ausdrücklicher Bezugnahme auf das von ihm vorgelegte Druckexemplar der Börsenusancen in dessen §. 7 die Stunde 11½ in Bleistift mit 12¾ abgeändert ist, die Rechtsgültigkeit der am 29. Mai erfolgten Aufforderung mit

Digitized by Google

dem Zusatze und zwar bis (nicht vor) 11½ Uhr Vormittags — wiederholt behauptet, hat der Beklagte nunmehr in der Schlußerklärung auf Grund dieses Zusatzes, ohne indeß die Correctur der Stunde von 11½ in 12¾ Uhr zu beanstanden, die Verspätung der Aufforderung auch rücksichtlich der Stunde urgirt.

Bei dieser Sachlage kann es keinem gegründeten Zweifel unterliegen, daß mit Rücksicht auf den in Mitte liegenden Sonntag (28. Mai) nach §. 6 Abs. 2. und §. 7 Abs. 2. der Usancen die Aufforderung des Notars noch am 29. Mai und zwar, nicht nur, wie der Beklagte auf Grund des offenbaren Schreibfehlers im Zusatze der Replik behaupten will, bis 11½, sondern bis 12¾ Uhr stattfinden konnte.

3) Zu Folge §. 8 der Usancen war der Verkäufer nach dieser Aufforderung an den Käufer auf Grund Art. 357 al. 2. H. G. B. vorzugehen befugt.

In diesem Falle war derselbe nach Art. 357 cit. zu unverzüglichem Verkauf nach Ablauf der Zeit und zu ungesäumter Anzeige des Verkaufs an den Käufer verpflichtet.

Der Beklagte, welcher in der Vernehmlassung eingeräumt hatte, daß ein Verkauf am Tage nach der Aufforderung ein unverzüglicher im Sinne des Gesetzes sein könne, hat in der Schlußerklärung der gesetzlichen Vorschrift wiederum die stricte Auslegung zu geben versucht, wonach der am 30. Mai, mithin einen Tag nach der Interpellation geschehene Verkauf ein verspäteter gewesen wäre.

Allein mit Ungrund. Die Frage: ob ein Verkauf im Sinne Art. 359 cit. als ein unverzüglicher zu betrachten ist? unterliegt mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse im einzelnen Falle der richterlichen Beurtheilung.

Hahn l. c. S. 286 und 151.

Da, wo die Erfüllung auf bestimmte Stunden gestellt ist, hat wohl in der Regel, wenn thunlich, der Verkauf noch an dem Tage der Erfüllung selbst zu geschehen.

Von einer solchen Erfüllungszeit zu einer Stunde oder innerhalb derselben, handelt es sich aber im vorliegenden Falle nicht, wo der Beklagte nach §. 7. 8. der Usancen noch während des ganzen zu seinen Gunsten laufenden 29. Mai beziehen konnte. Es ist mithin hier nach

Digitized by Google

Tagen zu rechnen, der am Tage nach der Aufforderung erfolgte Verkauf in Uebereinstimmung mit dem von dem Appellationsgerichte unter dem 8. Januar 1866 in Sachen Blumenthal gegen Maas mit Rücksicht auf dieselben Usancen ertheilten Erkenntniß als ein unverzüglicher, nicht verspäteter anzusehen, und somit auch in diesem Punkte, sowie hinsichtlich der durch die, wie eingeräumt, dem Beklagten zugekommene notarielle Zuschrift geschehenen Mittheilung des Verkaufs dem Art. 357 Genüge geleistet.

4) In demselben Urtheile zur Sache Blumenthal c. Maas hat sich dieses Gericht unter Zustimmung der zugezogenen Herren Handlungsassessoren darüber ausgesprochen, daß die mit Einwilligung des Vorstandes der Productenbörse an derselben zugelassenen unbeeidigten Producten-Makler, s. g. Notirungs-Makler, weil bis jetzt keine geschwornen Makler an dieser Börse in Function getreten sind, und der nach Art. 343 H.-G.-B. alternativ zulässige unverzügliche öffentliche Verkauf durch den Ausrufer in der Regel wohl ebensowenig zu bewerkstelligen sein würde, nach den Börsenusancen als für den Productenverkauf geeignete Handelsmakler im Sinne Art. 343 H.-G.-B. zu erachten sind.

Dies muß um so mehr im vorliegenden Fall gelten, als der Beklagte, welcher erst an der Schlußerklärung den Verkauf durch Notirungsmakler als gegen Art. 343 H.-G.-B. verstoßend erklärte, dabei nirgend auch nur zu behaupten vermochte, daß durch die Mitwirkung dieser Personen eine Benachtheiligung seiner Interessen bei dem Verkaufe stattgefunden habe.

Dem vorstehend Erörterten nach ist der Kläger seiner Beschwerde gemäß zum Beweise des geleugneten Geschäftsabschlusses zuzulassen.

Außer dem Beweise, daß nach ausdrücklicher Uebereinkunft die Usancen der Frankfurter Productenbörse für das Geschäft maßgebend sein sollten, wird der Kläger, der in der Replik hervorgehobenen Behauptung gemäß, alternativ den Beweis der Thatsache liefern können, daß der Beklagte zur Zeit des Geschäftsabschlusses Mitglied der Productenbörse gewesen ist, indem derselbe alsdann nach Art. 18. 19. der Satzungen die Usancen als für alle von ihm abzuschließenden Geschäfte überhaupt maßgebend anerkannt hätte.

Digitized by Google

Weitere die Verurtheilung des Beklagten nach dem Klagantrag bedingende Beweise insbesondere darüber, daß der Verkauf vom 30. Mai 1865, wie von den beiden Notirungsmaklern, deren Eigenschaft nicht bestritten ist, bezeugt wird, in der That stattgefunden hat, sind dem Kläger nicht aufzuerlegen.

Der Beklagte hat den Verkauf nur im Allgemeinen vorsorglich negirt, weder die Qualität der Aussteller der Schlußzettel als Notirungsmakler, noch den Empfang der von ihm unbeanstandet gebliebenen notariellen Anzeige und Berechtigung über den bewirkten Verkauf in Abrede gestellt, so daß, wenn der Geschäftsabschluß erwiesen wird, und Beklagter nicht etwa den ihm nicht abzuschneidenden Beweis der vorgeschützten Einrede der Simulation erbringen sollte, über den auf ordnungsmäßigen Verkauf gegründeten Forderungsbetrag kein Zweifel mehr bestehen kann.

Das Ober-Tribunal bestätigte dieses Erkenntniß am 20. October 1868.

Gründe.

I. 1) In der Klagebegründung ist ausdrücklich Mittags 12½ Uhr als der Moment angegeben, wo die notarielle Aufforderung zur Empfangnahme an den Verklagten ergangen, und es ist dabei Bezug genommen auf die vorgelegte Urkunde des Notars Glöckner, welche denselben Zeitpunkt konstatirt.

Weiter hat Kläger sich auf das von ihm vorgelegte Exemplar der Usancen berufen, in welchem mittelst Corrigirung des ursprünglichen Textes der Zeitpunkt 11½ in 12¾ verwandelt ist. Wenn nun gleichwohl in der Replikschrift, mit welcher das letzterwähnte Exemplar der Usancen überreicht wurde, als Zeitpunkt, bis wohin die Kündigung hätte erfolgen müssen und erfolgt sei, 11½ Uhr (entsprechend dem ursprünglichen, von dem Kläger selbst korrigirten Texte des Usancen-Exemplars) bezeichnet wird, so ist dies augenscheinlich einem Schreibfehler beizumessen, da nicht angenommen werden kann, daß Kläger sich mit seinen eigenen Behauptungen in Widerspruch zu setzen und damit den Grund seiner Klage zu zerstören gewillt gewesen sei.

Von einem in Bezug auf diesen Punkt vorliegenden Geständnisse kann demnach nicht die Rede sein.

Digitized by Google

In der Sache selbst aber ist nicht zu bezweifeln, daß 12¾ Uhr der richtige Zeitpunkt war, bis zu welchem die fragliche Rechtshandlung zu bewerkstelligen war. Das in zweiter Instanz von dem Kläger producirte, in glaubhafter Form ausgestellte Attest des Vorstandes der Producten-Börse vom 20. September 1867 stellt dies fest. Es ist außerdem von dem Verklagten der deßfallsigen Behauptung des Klägers direct nicht widersprochen.

2) Wenn es durch das Appellations-Gericht auch mit Bezugnahme auf frühere, unter Zustimmung zugezogener Handels-Assessoren ergangene Judicate als eine recipirte Börsen-Usance bezeugt wird, daß in Ermangelung geschworener Makler, welche bisher an der Producten-Börse nicht in Funktion getreten sind, die sogenannten Notirungs-Makler dieser Börse als zu den nach Art. 343 des Deutschen Handels-Gesetzbuches vorzunehmenden Verkäufen qualificirte Handelsmakler angesehen werden, so hat es um so weniger Bedenken, dies für Geschäfte, für welche die Usancen der letzteren nach allen Richtungen hin maßgebend sind, gelten zu lassen, als es sich hier um ein Gebiet handelt, hinsichtlich dessen Artikel 84 des Handelsgesetzbuchs den Landesgesetzen und örtlichen Verordnungen, überhaupt also dem Particular-Rechte, einen besonderen Spielraum gewährt.

II. 1) Wenn der Verklagte Mitglied der Frankfurter Productenbörse war, so hatte er nach Art. 19 der „Satzungen der Producten-Börse" dieselben als für sich verbindlich anerkannt und sich den Usancen derselben unterworfen.

Um letztere für ihn maßgebend zu machen, bedarf es demnach nicht des Beweises, daß auch Kläger Mitglied der Productenbörse sei.

2) a. Der Einwand, daß dem Kläger in Betreff der Verlegung der Schlußzeit für die notarielle Aufforderung noch ein Beweis aufzuerlegen gewesen, erledigt sich durch das oben ad I. 1. Gesagte. Diese Verlegung ist durch das Attest des Börsen-Vorstandes, worüber Art. 13 der Satzungen keinen Zweifel läßt, bewiesen.

b. Daß es eines Beweises darüber, daß die fraglichen Verkäufe am 30. Mai 1865 wirklich stattgefunden haben, nicht weiter bedarf, ist von dem Appellationsrichter mit ausreichenden Gründen dargethan.

Digitized by Google

B. Stadtgericht I.

52.

Israelitischer Gemeinde-Vorstand, Kläger gegen Amalie Herz, geb. Sachs, aus Hannover, Beklagte, Beerdigungskosten betr.

Prüfung der Autonomie des israelitischen Gemeinde-Vorstandes, insbesondere Betreffs der von demselben erlassenen Begräbniß-Ordnung und des Tarifs für die Grabstätten.

Das Stadtgericht I. verurtheilte am 23. Sept. 1868 die Beklagte zur Zahlung von fl. 625 — für eine Begräbnißstätte, sammt Zinsen und Kosten, indem es Folgendes erwog:

1) Daß es ganz dahin gestellt bleiben kann, ob die Hinterbliebenen des dahier verstorbenen Bram Herz von Hannover berechtigt waren, zu verlangen, daß derselbe dahier auf dem israelitischen Friedhofe beerdigt werde, oder nicht, da die Beerdigung desselben dahier von Seiten des Israelitischen Gemeinde-Vorstandes nicht verweigert wurde; daß es aber auch

2) ebensowenig einem Zweifel unterliegen kann, daß die Erben des Bram Herz zur Bezahlung aller derjenigen Kosten und Gebühren verbunden sind, welche der klagende Gemeinde-Vorstand auf Grund der bestehenden Begräbnißordnung, den rechtsgültigen Bestand derselben vorausgesetzt, zu beanspruchen berechtigt ist; daß nun auch

3) die Befugniß des Gemeinde-Vorstandes zum Erlasse einer solchen Begräbnißordnung und zur Aufstellung eines Tarifs für die Grabstätten auf Grundlage des Vermögens der Verstorbenen nicht bezweifelt werden kann, da der israelitische Gemeinde-Vorstand als eine politische Verwaltungsbehörde zu betrachten, welchem durch die ihm kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung,

Großherzogl. Frankfurt. Dekret vom 30. Januar 1812 und Gesetz vom 1. September 1824,

eingeräumte Autonomie noch weiter gehende Befugnisse als die der Tarifirung von Begräbnißstätten auf dem israelitischen Friedhofe, namentlich auch das Recht der Besteuerung verliehen worden war;

vergl. Erk. der Rechtsfakultät Berlin vom 5. November 1852 in Sachen Trier gegen Israelitische Gemeinde;

Digitized by Google

daß auch

4) der von dem klagenden Gemeinde-Vorstand erhobene Anspruch nicht aus dem Grunde hinfällig erscheint, weil die Begräbnißordnung einen Unterschied zwischen den Angehörigen der hiesigen israelitischen Gemeinde und den fremden dahier verstorbenen Juden mache, da es bei der dem Gemeinde-Vorstande eingeräumten Autonomie demselben nicht verwehrt sein konnte, für die Benutzung der durch die auf die hiesigen Gemeinde-Mitglieder, welche dadurch mit einer bedeutenden Steuerlast beschwert sind, umgelegten Gemeinde-Einnahmen errichteten und unterhaltenen Gemeinde-Anstalten, zu welchen auch der der Gemeinde eigenthümlich zugehörige Friedhof zu zählen ist, von Seiten Fremder diesen Letzteren die Zahlung eines höheren Betrags als bei den Gemeinde-Angehörigen der Fall war, anfzuerlegen; daß aber auch

5) die rechtliche Gültigkeit der von dem Gemeinde-Vorstande erlassenen Begräbnißordnung nicht von der Bestätigung des Senats abhängig war, welche von dem Kläger zudem behauptete Bestätigung überdies von der Beklagten nicht länger mehr bestritten zu werden scheint, als bekanntlich durch Rathschluß vom 1. Mai 1849 der Senat von seinem Rechte der Mitwirkung bei den von dem israelitischen Gemeinde-Vorstand vorzunehmenden Aenderungen an den bestehenden Regulativen durch einen von ihm zu bestellenden Senats-Commissär Umgang genommen und von der Ernennung eines Senats-Commissärs für die Zukunft abgestanden ist; daß aber auch

6) nichts darauf ankommen kann, ob das betreffende Regulativ je publicirt worden war oder nicht, da ein solches Regulativ nicht als Gesetz, auch nicht als Steuergesetz zu betrachten ist, es also auch einer Publikation nicht bedurfte, wie denn auch für dergleichen Verordnungen des Israelitischen Gemeinde-Vorstandes die Veröffentlichung durch das Gesetz nicht vorgeschrieben war, in vorliegendem Falle aber nach Lage der Sache angenommen werden muß, daß die Beklagte mit der Begräbnißordnung, namentlich auch mit dem in § 29 aufgestellten Tarife für die Begräbnißstätten wohl bekannt war, da sie selbst zugibt, daß sie in dieser Angelegenheit ihrem mit dieser Begräbnißordnung wohlbekannten Anwalt, Hrn. Dr. Neukirch,

Digitized by Google

vor dem Begräbnisse consultirt hatte, unter allen Umständen aber sie sich, wenn sie wirklich in Unkenntniß geblieben sein sollte, die Folgen hiervon selbst zuzuschreiben hätte, da sie sich leicht Kenntniß hätte verschaffen können, und es ihre Sache gewesen wäre, sich solche zu verschaffen; daß auch

7) weder durch das nur von den staatsbürgerlichen Rechten der Israeliten handelnde Gesetz vom 7. October 1864 noch durch das Gemeindeverfassungsgesetz vom 25. März 1867 die Autonomie des Israelitischen Gemeinde-Vorstandes oder auch nur die Rechtsgültigkeit der Begräbnißordnung irgendwie alterirt worden,

vergl. Erk. des St.-G. u. App.-G. (Rechtsfakultät Berlin) in Sachen Trier gegen Israelitische Gemeinde de 1851;

Erk. des St.-G. und App.-G. in Sachen Rapp c. Israelitische Gemeinde de 1866;

das citirte Gemeindeverfassungsgesetz zudem hier schon deßhalb nicht weiter in Betracht kommen kann, weil Bram Herz, als dasselbe in Wirksamkeit trat, bereits verstorben war, indem nach §. 89 dessen Wirksamkeit erst mit dem Augenblick der Constituirung der neuen Gemeindebehörden begann, die erste Sitzung des Magistrats aber nach k. H. geschehener Erhebung erst am 1. März l. J. statt hatte; daß aber,

8) sofern die Begräbnißordnung ihrem ganzen Inhalte nach dermalen als zu Recht bestehend erachtet werden muß, auch nichts darauf ankommen kann, ob die Beklagte ihre Zahlungsverpflichtung vorher mittelst Reverses ausdrücklich anerkannt hat oder nicht; daß ferner

9) die Widerklage hinfällig ist, weil §. 29, N. 6, der Begräbnißordnung ausdrücklich verordnet, daß kein Grabstein gesetzt werden darf, bevor nicht alle Gebühren entrichtet sind, eben auf Grund dieser Bestimmung aber, die gerade im Auge hat, alle Weitläufigkeiten und Chikanen möglichst zu beseitigen, der Kläger auch nicht verbunden sein kann, das Setzen eines Grabsteins gegen Cautionsleistung zuzulassen; daß auch

10) im Uebrigen die Beklagte weder ihre eventuelle Verpflichtung, die von dem Kläger beanspruchte Gebühr für eine Begräbniß-

Digitized by Google

stätte, noch den auf Grund des hinterlassenen Vermögens zu geschehenden Ansatz an sich bestreitet.

(Ein Rechtsmittel wurde nicht ergriffen.)

53.

Nicolaus Weigand und Ehefrau, Kläger gegen Jacob Schnapper und Ehefrau, Beklagte, Schadenersatz betreffend.

Auslegung einer Stipulation, wonach der Verkäufer eines Hauses gegen alle Ansprüche Dritter auf die Area zu vertreten und schadlos zu halten verspricht.

Die Beklagten haben den Klägern bei Verkauf der Behausung N: 94 am Ecke der Judengasse und des Judenmarkts laut §. 2 des Kaufbriefs der Akten zugesagt:

„Daß der Grund und Boden zu dem Hause gehört und mit verkauft ist, und die Verkäufer haben die Käufer jederzeit gegen alle Ansprüche zu vertreten und schadlos zu halten, welche etwa von irgend einer Seite an Grund und Boden gemacht werden sollten."

Die Kläger behaupten nun, daß sie sich nach Abschluß des Kaufes und stattgefundener Transscription des fraglichen Hauses davon überzeugt hätten, daß Grund und Boden desselben Eigenthum hiesiger Stadt sei; auf Grund vorstehender ausdrücklicher Zusage verlangen nun dieselben, daß die Beklagten ihnen denjenigen Schaden ersetzen, der ihnen aus der Entbehrung des Eigenthums an Grund und Boden erwachsen; dies sei der Werth, den Grund und Boden betrage, und den sie auf fl. 8000 veranschlagen.

Das Stadtgericht I. erkannte am 21. Juni 1867:

Die Kläger haben vorbehaltlich des Gegenbeweises rechtsgenügend darzuthun:

1) daß an dem Grund und Boden der Behausung N: 94 am Eck der Judengasse und des Judenmarkts hiesiger Stadt das Eigenthum zustehe, und
2) daß in Folge dieses Eigenthums der Stadt an dem Grund und Boden der vorgenannten Behausung dieselbe am 1. September 1864 fl. 8000 oder wieviel weniger bis zu fl. 200 weniger werth gewesen sei als fl. 24,500;

Digitized by Google

worauf in der Hauptsache sowie der Kosten wegen weitere Entscheidung ergehen soll,
aus folgenden Erwägungen:

2) Mit Unrecht verneinen die Beklagten, die das Eigenthumsrecht der Stadt bestreiten, daß Actio nondum sit nata, weil Ansprüche des Käufers an den Verkäufer wegen Eviction erst dann erhoben werden könnten, wenn der Berechtigte seinen Anspruch rechtlich begründet, bewiesen und siegreich durchgeführt habe, daß bloßen Behauptungen eines Rechts zur Erhebung einer Klage gegen den Verkäufer nicht genügend seien, vielmehr der Verkäufer zu nichts weiter verpflichtet sei, als dem Käufer das habere et uti licere zu prästiren. Denn einmal steht

a) auch in demjenigen Falle, wo der Verkäufer die Ansprüche eines Dritten an das Kaufobjekt zu beseitigen ausdrücklich zugesagt hat, dem Käufer das Recht zu, den Verkäufer klagend zur Erfüllung seines Versprechens anzuhalten, ohne daß er abzuwarten hat, bis die Eviction von Seiten des Dritten wirklich durchgesetzt worden.

l. 41. pr. D. de contr. emt. 18. 1,
Sintenis, Civilrecht II, S. 634, not. 180,

als es auch

b) feststeht, daß Verkäufer jedesmal dann haftet und dem Käufer sein Interesse und nicht bloßen Minderwerth zu ersetzen hat, wenn er demselben zugesagt, daß dem verkauften Gegenstande gewisse Eigenschaften beiwohnen, die Unwahrheit dieser Zusage sich aber später herausstellt.

l. 6 §. 4. l. 13 pr. §. 1—3, D. de a. e. und v. 19, 1,
Unterholzner, Schuldverh. II. S. 265;
Bangerow, Leitfaden III. S. 302;
Sintenis, a. a. O. S. 611. Anm. 99;
Windscheid, Pandecten §. 393.

Dieser Fall liegt aber hier vor, wo der Verkäufer ausdrücklich zugesagt hat, daß der Grund und Boden zu dem Hause gehöre, also daß er Haus mit dem Boden, auf dem dasselbe stehe, dem Käufer durch Verkauf und Tradition als Eigenthum verschaffe und nicht als bloße superficies oder in ähnlicher Berechtigung.

Digitized by Google

Es können demnach auch die Kläger nicht gehalten sein, die Stadtkämmerei zuvor behufs Durchführung ihrer Ansprüche zur Anstellung einer Klage zu provociren und den Erfolg dieser Klage abzuwarten. Dagegen ist es aber nicht, wie die Kläger vermeinen, Sache des Beklagten, nachzuweisen, daß der Grund und Boden der fraglichen Behausung der Stadt nicht gehört und dieselbe keinen Anspruch an denselben erhebt, sondern liegt es vielmehr dem Kläger ob, da die von den Beklagten geleistete Zusage nicht bestritten wird, darzuthun, daß der von ihnen behauptete Fehler des Kaufobjects wirklich vorhanden ist, bez. daß dasselbe die vertragsmäßige Eigenschaft nicht habe, da der Anspruch auf Interesse oder Schadenersatz diesen Nachweis zur Voraussetzung hat.

Windscheid, a. a. O. §. 321;

Herwarth, im Archiv für civ. Praxis VII. S. 362;

Seuffert, Archiv II 37, III 29, IV 25, VII 160, XI 235.

Keineswegs kann es aber genügen, was durch Urkunde liquid gestellt und von den Beklagten auch gar nicht bestritten ist, daß die Stadtkämmerei einen Vormerk in dem Hypothekenbuch erwirkt hat, dahin, daß auf den Grund und Boden der fraglichen Behausung die hiesige Stadt Eigenthumsansprüche habe, da, wenn die Beklagten sich in §. 2 des Vertrags verbindlich gemacht haben, die „Käufer gegen alle Ansprüche zu vertreten und schadlos zu halten", hierunter selbstverständlich nur unbestreitbare und erwiesene Ansprüche zu verstehen sind.

3) So wenig wie aber der Einwand des Beklagten, daß actio nondum sit nata Beachtung finden kann, ebenso wenig erscheinen die Einwendungen, daß die Klage verjährt und der geltend gemachte Anspruch durch die erfolgte Transscription seine Erledigung gefunden habe.

Denn daß die kurze Verjährungsfrist von 1 Jahr und 1 Tag, wie sich in der Verordnung vom 16. März 1820 Art. 19 erwähnt findet, hier nicht Platz greifen kann, bedarf keiner weitern Ausführung, ebenso wenig wie daß die actio emti, die allein hier in Frage kommt, erst mit Ablauf von 30 Jahren verjährt.

Der zweite Einwand dagegen, der im Grunde genommen den Klägern nur, wie dieselben treffend ausgeführt haben, einen Verzicht

Digitized by Google

unterstellen will, erscheint um so hinfälliger, als dieselben sich im Vertrage die mehrerwähnte Zusage von Seiten der Beklagten ausdrücklich ausbedungen haben, und als, wie die Beklagten nicht zu bestreiten vermochten, die Kläger, als sie bei der vorzunehmenden Ueberschreibung des Hauses auf sie, die Kläger, von den Ansprüchen der Städtkämmerei Kenntniß erhielten, die Beklagten hiervon sofort in Kenntniß gesetzt und sich deren Protest angeschlossen haben.

4) Es kann darum keinem Zweifel unterliegen, daß, für den Fall das Eigenthum der Stadt an Grund und Boden der fraglichen Behausung nachgewiesen werden würde, und die Beklagten es in diesem Falle nicht vorziehen sollten, das Eigenthum an diesem Grund und Boden den Klägern zu verschaffen und die Ansprüche der Stadtkämmerei zu beseitigen, die Ersteren schuldig sind, den Klägern vollen Schadenersatz zu leisten, und bleibt es hierbei ganz außer Betracht, ob die beklagten Verkäufer von dem Eigenthumsrecht der Stadt bezw. den in dieser Beziehung erhobenen Ansprüchen zur Zeit des Kaufabschlusses Kenntniß hatten oder nicht.

Windscheid, a. a. O. §. 393.

Unterholzner, a. a. O.

Wangerow, a. a. O. S. 303.

Sintenis, a. a. O S. 616.

Die Kläger beanspruchen als diesen Schaden den Werth des ihnen nicht eigenthümlich verschafften Grund und Bodens, weil der Werth des Kaufobjects sich um so viel vermindere.

Es wird dabei auch darauf hingewiesen, daß auf ein derartiges Haus viel schwieriger eine Hypothek aufzunehmen sei und dergl., ohne daß jedoch hieraus ein besonderer Schadensanspruch hergeleitet, vielmehr solcher nur auf die Entbehrung des Grund und Bodens geschätzt wurde. Unter diesen Umständen ist es aber an sich klar, daß der von den Beklagten zu ersetzende Schaden nicht lediglich dadurch motivirt zu werden vermag, daß der fragliche Grund und Boden als Bauplatz einen Werth von fl. 8000 habe, bezw. gehabt habe, sondern daß, um den wirklichen Schaden zu ermitteln, ebenso sehr auch in Berücksichtigung zu ziehen ist, wieweit das Recht der Besitzer des Hauses auf den Grund und Boden sich erstreckt, nament-

Digitized by Google

lich auch, ob für den Fall des Abbruchs des auf demselben gebauten Hauses den Besitzern dieses Letzteren ohne Weiteres das Recht zusteht, ein neues Gebäude darauf aufzuführen. Da nun aus der Beurkundung, daß der auf dem fraglichen Hause ruhende Zins ein superficiarischer Bodenzins sei, dieses Recht zum Neubau um so weniger zu folgern ist, als eine streitige Rechtsfrage bildet, ob der Superficiar allgemein und im Zweifel eine solche Berechtigung habe;

Vergl. Windscheid a. a. O. I. §. 223. Not. 16,

so muß es den Beklagten überlassen bleiben, gegenbeweislich eine solche Berechtigung und deren Einfluß auf den den Klägern durch die Entbehrung des Eigenthums an einem Grund und Boden, auf welchen ihnen ein dergestaltetes, dingliches Recht zusteht, erwachsenen Schadensanspuch darzuthun.

Das Appellations-Gericht wies am 15. Jannar 1868 die Klage ab, indem es nach umständlicher Prüfung des Sachverhalts erwog:

Wäre die Absicht der Parteien bei Abfassung des Kaufbriefs in Wirklichkeit, wie die Kläger behaupten, dahin gegangen, die Verkäufer für verpflichtet zu erklären, den befürchteten, von der Stadtkämmerei demnächst ausgesprochenen Eigenthumsvorbehalt am Grund und Boden des Hauses sofort zu beseitigen, so würde es unerklärlich sein, daß eine derartige Verpflichtung nicht auch in unzweideutigen Worten ihren Ausdruck gefunden, daß sich die Parteien mit einer so unvollständigen und so vagen Fassung des §. 2., wie sie jetzt vorliegt, begnügt haben sollten.

Die klägerische Interpretation dieses Paragraphen würde zu der wahrhaften Ungereimtheit führen, daß schon das bloße Berühren eines Anspruchs, gleichviel ob derselbe begründet ist oder nicht, gleichviel also, ob den Käufern wirklich ein Nachtheil entstanden ist oder nicht, die Verkäufer zum Ersatze des Schadens verpflichte.

Die Unterstellung, daß die Contrahenten eine wirkliche Eviction als Bedingung der Anwendung des §. 2. vorausgesetzt haben, ergibt sich endlich auch aus dem Umstande, daß die Kläger in Gemeinschaft mit dem Beklagten den Eintrag des von der Stadtkämmerei erhobenen Vorbehaltes in den Transscriptionsbüchern als unbegründet bestritten

Digitized by Google

und sodann die Behausung „zur goldenen Ente" mit jenem Eintrage auf sich haben überschreiben lassen.

Steht nach dem Vorstehenden fest, daß der §. 2. lediglich eine besondere Vereinbarung der Parteien für den Fall der Eviction des Grund und Bodens enthält, so ergibt sich von selbst, daß auf die auf Grundlage jenes Paragraphen angestellte Klage die vom Stadtgericht angewandten Grundsätze über dictum promissum keine Anwendung finden können. Vielmehr sind es lediglich die über Eviction geltenden Grundsätze, welche für die Beurtheilung der erhobenen Klage maßgebend erscheinen.

Von diesem Standpunkt aus ist aber das klägerische Vorgehen, da der Anspruch der Stadtkämmerei seither von dieser gegen die Kläger nicht weiter verfolgt worden ist und da auch keiner derjenigen Fälle vorliegt, in welchen schon wegen drohender Eviction Ersatz gefordert werden kann,

Keller, Pandekten S. 624,

zur Zeit allerdings verfrüht, die von den Beklagten in erster Linie vorgeschützte Einrede, daß den Klägern ein Klagrecht noch nicht erwachsen sei, sonach als wohl begründet zu erachten.

(Oberappellation wurde nicht ergriffen.)

C. Justizämter.

27.

Die einem Inhaberpapiere beigefügten Coupons, wenn sie selbst nicht auf den Inhaber lauten, sind keine (selbstständigen) Inhaberpapiere, sondern Accessorium der Obligation. Was ist eine Partialobligation? Private sind nach Frankfurter Recht zur Ausstellung und Ausgabe von Inhaber-Obligationen selbstständig berechtigt.

Exceptio non numeratae pecuniae; bona fides beim Erwerbe eines Inhaberpapiers. Bürge des Ausstellers.

Das St.-A. II erkannte am 17. Nov. 1868 in Sache Reinshagen c. Wolter und Dennemann wie folgt:

Bei dem hier vorliegenden Rechtsstreit ist zunächst zu bemerken, daß der Kläger sich unbestrittener Maßen im Besitze der gleichlauten-

den Obligationen des Beklagten befindet, zu denen die eingeklagten Zinscoupons, welche selbst nicht auf den Inhaber lauten, gehören, daß es sich unter diesen Umständen nicht um die rechtliche Bedeutung fraglicher Coupons, als Inhaberpapiere, sondern um die Prüfung der rechtlichen Gültigkeit und Wirksamkeit der Obligationen selbst und der Frage handelt, ob der jeweilige Inhaber dieser Obligationen der (in Folge der accessorischen Eigenschaft der Zinsenobligation zur Obligation selbst) dann jedenfalls auch zum Zinsenempfang berechtigte, eigentliche und wirkliche Gläubiger des Ausstellers ist.

Was nun die äußere Form der Obligationen anbelangt, so sind dieselben ausdrücklich und allein auf den Inhaber, nicht auf eine bestimmte Person mit Inhaberclausel gestellt, sonach ein sog. vollkommenes Inhaberpapier, jedoch trotz der Bezeichnung „Partialobligation" keine eigentliche Partialobligationen, indem der Aussteller die einzelnen Obligationen selbst direkt emittirt und eine Generalobligation Niemanden ausgestellt hat, vielmehr sind alle einzelnen Obligationen selbstständige direkte Schuldverschreibungen des Ausstellers. Die den einzelnen Obligationen beigegebenen Coupons lauten dagegen nicht auf den Inhaber, nur auf die Zinstermine und Zinsbeträge, und haben daher als Accessorium der Obligationen nur den Zweck der Regulirung und Controlle, allenfalls auch eines Quittungssurrogats für die Zinszahlungen, die an den Inhaber der Hauptobligation zu leisten sind. Die Namen auf der Rückseite einzelner Coupons (Blancoindossemente) ändern hieran Nichts.

cf. Kuntze, Lehre von den Inhaberpapieren §. 133 II.

Die Beklagten, nämlich der Aussteller und der Bürge bestreiten nun zuvörderst die rechtliche Gültigkeit dieser von ihnen, als Privaten und ohne staatliche Autorisation ausgestellten Obligationen auf den Inhaber.

Daß im heutigen Recht, entgegen den strengeren Vorschriften des gemeinen (heutigen Römischen) Rechts, das Institut der Schuldverschreibungen auf den Inhaber, welches auf einem allgemeinen Gewohnheitsrecht aller Culturländer beruht, im Verkehrsleben und Rechtsbewußtsein vollständig eingebürgert und von der juristischen Theorie und Praxis anerkannt ist, bedarf keiner Ausführung.

Digitized by Google

Zweifelhafter und bestritten ist dagegen die Frage, ob Private ohne Staatsgenehmigung zur Ausgabe von Papieren auf den Inhaber mit rechtlicher Wirkung befugt sind.

Geht man jedoch davon aus, daß die Möglichkeit dieser Art des Contrahirens gemeinrechtlich durch ein im neueren Rechtsleben entwickeltes allgemeines Gewohnheitsrecht begründet ist, so muß auch angenommen werden, daß da, wo der Staat die Emission solcher Papiere Privaten gestattet, nicht erst jedesmal ein Rechtsinstitut geschaffen, sondern ein von staatlicher Autorisation unabhängig im Rechtsleben bereits bestehendes zur Anwendung gebracht wird, wie denn auch derartige Autorisationen nicht von den gesetzgebenden, sondern den administrativen Behörden auszugehen pflegen.

cf. v. Gerber, Syst. d. D. Pr. R. §. 160.

Hiermit stimmt auch die Praxis der Gerichte vielfach überein, z. B. in Bayern, Hannover, Würtemberg.

cf. Seuffert, Archiv, B. 7. 223, Nachschrift,
" " " " 10. 91 und B. 13. 55,
" " " " 15, 237 u. Citate i. d. Anm.

Wenn einzelne Schriftsteller aus Gründen der Rechtspolitik, aus allgemeinen Gründen des Obligationen-Rechts oder von dem Standpunkte aus, daß derartige Schuldverschreibungen als conventionelles Papiergeld angesehen werden müssen, das nicht ohne Erlaubniß des Staates ausgegeben werden dürfe, die staatliche Genehmigung für die rechtliche Wirksamkeit der Inhaberpapiere als Voraussetzung anerkennen, so kann dies gegen obigen Gesichtspunkt nicht ins Gewicht fallen.

Insbesondere ist bei Schuldverschreibungen auf den Inhaber, welche nicht als Papiergeld circuliren, sondern als verzinsliche Geldanlage dienen sollen, die Analogie des Papiergeldes unzutreffend.

Endlich ist auch nicht einzusehen, warum

nach Kuntze l. c. §. 121.

zwar nicht die Creation, aber doch die Emission von staatlicher Genehmigung abhängig sein soll, wofür weitere Gründe nicht aufgeführt sind.

Particularrechtlich ist zwar, so auch in Preußen durch Gesetz vom 17. Juni 1833, welches aber in Frankfurt nicht publicirt ist, den Privaten die Ausstellung von Papieren auf den Inhaber ohne staat-

Digitized by Google

liche Genehmigung verboten, dieß beweist aber gerade, daß es eines solchen Verbotes bedurfte und nicht, daß solche Papiere an sich einer Staatsgenehmigung bedurft hätten (cf. §. 4 dieses Gesetzes).

Steht es nun hiernach fest, daß die vom Beklagten auf den Inhaber ausgestellten Schuldscheine als solche vollkommen gültig sind, so kann eben wegen der Eigenschaft derselben, als Inhaberpapiere auf die ursprünglichen Verhältnisse zwischen dem Aussteller und ersten Nehmer des Papiers nicht zurückgegangen werden, wenn ein späterer Inhaber den Aussteller belangt.

Die vom Beklagten vorgebrachte exc. non numeratae pecuniae ist daher unzulässig.

cf. Kuntze l. c. §. 124. a. E.

Ebensowenig kann die angebliche Unterschlagung der Papiere durch denjenigen, welchem Beklagter sie verpfändet hatte, dem späteren redlichen Inhaber entgegengehalten werden.

Hand.-Ges.-B. Art. 307.

Demnach wäre Beklagter dem Kläger zur Zahlung der geforderten Zinsen nur dann nicht verpflichtet und gleichzeitig seine Widerklage auf Herausgabe der Obligationen nur dann zulässig, wenn der Kläger unredlicher Besitzer wäre. Als unredlicher Besitzer kann aber der Kläger dann nicht betrachtet werden, wenn er bei dem Erwerbe zwar von der früher vorgekommenen Unterschlagung zufällig Kenntniß hatte, aber sein Vorgänger redlicher Besitzer war, da der Durchgang des Papieres durch das Eigenthum des redlichen Besitzers, welcher solches wirklich erworben hat, den Mangel purificirt,

cf. Kuntze l. c. §. 148. II S. 680,

womit auch der Wortlaut des dem Art. 307 zu Grunde liegenden Art. 306 des H.-G.-B. übereinstimmt und Art. 1 der hiesigen Rathsverordnung vom 8. Juli 1817, wie er durch die Verordnung vom 20. April 1830 authentisch interpretirt ist, nicht im Widerspruch steht, denn dieser spricht nur davon, daß die subjective Redlichkeit des Erwerbers da in Betracht kommt, wo das Rechtsgeschäft objectiv wegen Unredlichkeit des Veräußerers sonst wirkungslos wäre, nicht aber vom umgekehrten Falle. Da nun aber Beklagter behauptet, daß der Kläger und seine sämmtlichen Vorgänger im Besitze der Ob-

Digitized by Google

ligationen unredliche Besitzer waren, während Kläger dieß sowohl, wie überhaupt den Vorfall einer Unterschlagung durch F. Salberg in Abrede stellt und vielmehr behauptet, Beklagter habe die Obligationen selbst emittirt, so ist auf Beweis zu erkennen.

Anlangend endlich die Verpflichtung des Bürgen, so ist dieselbe schon nach dem Wortlaut der von ihm mitunterschriebenen Obligationen mit der des Beklagten selbst identisch und correal, und also lediglich nach dieser zu bemessen, was bei solchen Bürgschaften ohnehin anzunehmen ist.

cf. Kuntze l. c. §. 132.

Aus diesen Gründen wird erkannt:

B. Beklagte haben binnen 14 Tagen, vorbehältlich des Gegenbeweises zu erweisen:

„Daß fragliche Schuldverschreibungen dem Aussteller Wolter von Ferd. Salberg unterschlagen worden sind und in Folge dessen in Circulation kamen, sowie daß die auf Salberg folgenden Inhaber, einschließlich des Klägers, davon Kenntniß hatten."

D. Rügegericht.

46.

Zu §§. 10 und 41 des Gesetzes vom 12. Mai 1851 über die Presse.

Die Beschuldigte Frau Scheuer hatte in Auftrag des Mitbeschuldigten ꝛc. Boh innerhalb zweier Monate beinahe täglich mehrere Exemplare einer in Berlin erscheinenden Zeitschrift an eine Reihe hiesiger Bier-, Wein- und Caffeewirthe in der Weise verabfolgt, daß sie je ein Exemplar entweder an den betr. Wirth selbst oder an dessen Gesinde abgab oder auf den Schenktisch legte. Die Namen der Empfänger waren ihr von Boh aufgegeben worden. Ein Abonnement oder eine Bestellung der Zeitung hatte Seitens der Empfänger nicht stattgefunden, jedoch haben sich einige mit Annahme der Zeitung einverstanden erklärt.

Da Frau Scheuer nicht im Besitz eines polizeilichen Colportierscheins war, so wurde sie sowohl, wie Boh, unter der Anschuldigung

Digitized by Google

einer Uebertretung des §. 10 des Preßgesetzes, vor das Rügegericht geladen und auf Grund §. 41 die Bestrafung beider Beschuldigten beantragt, und zwar der Frau Scheuer als Thäterin, des ꝛc. Boh dagegen als Anstifters bezw. Theilnehmers.

Das Rügegericht erkannte nach stattgehabter Verhandlung auf Freisprechung beider Beschuldigten und zwar aus folgenden Gründen:

„Der §. 10 des Preßgesetzes will seinen Motiven und seiner Entstehungsgeschichte nach nur die durch das Feilbieten, den Verkauf u. s. w. von Preßerzeugnissen an öffentlichen Orten veranlaßte Belästigung des Publicums und Beeinträchtigung des freien Verkehrs beseitigen, bezw. beschränken und regeln; das Gesetz macht daher nur das öffentliche Feilhalten, Vertheilen u. s. w. von Druckschriften von der Bedingung einer polizeilichen Erlaubniß abhängig; will dagegen, von einem Falle des §. 9 l. c. abgesehen, jede andere Art der Beförderung und Verbreitung in keiner Weise beschränken und behindern. Im Begriffe einer öffentlichen Vertheilung liegt es aber, daß die Exemplare an beliebige und mehrere Personen öffentlich abgegeben werden, so zwar, daß der Colporteur erst die Abnehmer der Druckschrift öffentlich ermittelt und zur Abnahme veranlaßt. In concreto fand jedoch alles dieses nicht statt; die Scheuer suchte keine neuen Abnehmer auf, sondern beförderte nur die ihr übergebenen Zeitungsexemplare an die ihr bestimmt bezeichneten Adressen. Sie kommt daher durchaus nicht als ein Colporteur im Sinne des §. 10, sondern lediglich als ein beauftragter Bote (Zeitungsträger) in Betracht.

Die regelmäßige entgeltliche oder unentgeltliche Abgabe einzelner Zeitungsexemplare an einzelne vorher bestimmte Wirthe, selbst in deren von Gästen besuchten Gaststuben, ist überdies, gleich der Hingabe eines Blattes an einen Bekannten auf öffentlicher Straße, noch nicht als eine öffentliche Vertheilung im Sinne des Gesetzes aufzufassen. Anlangend den Mitbeschuldigten Boh, so kann derselbe schon deßhalb nicht als straffällig befunden werden, da die Verletzung des §. 10 l. c. nur eine Uebertretung begründet, welche rein polizeilicher Natur ist, und folgeweise eine Bestrafung der Theilnehmer auf Grund §. 34 des St.-G.-B. nicht zuläßt."

Rechtskr. Urtheil i. S. c. Elise Scheuer u. August Boh von hier.

Digitized by Google

Register.

A. Strafrechtlicher Theil.

	Seite.	Nummer.
Accispflichtigkeit. Frisches Gras, Klee ꝛc. ist nicht accispflichtig, nur getrocknetes	5.	32.
Antrag. Durch Antrag auf Bestrafung innerhalb 3 Monaten beim Polizeipräsidium ist die Frist gewahrt . . .	343.	43.
„ auf Vertagung einer Verhandlung, Verwerfung eines solchen Antrags als Cassationsgrund zurückgewiesen	247.	42.
Beschlagnahme von Druckschriften wegen darin enthaltener Injurien, auch ohne Antrag des Beleidigten nach §. 2 des früheren Preßgesetzes, aus Gründen des öffentlichen Interesses zulässig	165.	—
„ provisorische von Druckschriften kann durch Rechtsmittel nicht angefochten werden	325.	65
Beschluß über Wiederaufnahme des Beweisverfahrens in der Berufungsinstanz. Verhältniß desselben zum Endurtheil	260.	45.
Betrug liegt auch dann vor, wenn in den betrügerischen Handlungen Widersprüche sich finden, die der Befähigte, wie vorauszusehen war, nicht entdeckte	395.	88.
Beweisverfahren. Zur Wiederaufnahme des Beweisverfahrens ist das Berufungsgericht von Amtswegen, ohne Antrag der Parteien, berechtigt	263.	46.
Bierwirthschaft, s. Concession.		
Cassation, s. Nichtigkeitsbeschwerde.		
Civilverbindlichkeit oder Unterschlagung	18.	74. 75.
Colportiren. Begriff	415.	46.
Concession. Besondere obrigkeitliche Concession bedürfen die Mitglieder der ehemaligen Bierbrauerzunft zur Eröffnung eines zweiten Wirthslocals in der Stadt oder eines Wirthslocals in der Stadtgemarkung	4. 250.	29. 41.
„ Besondere obrigkeitliche Concession (§. 1 des Preßgesetzes) bedürfen die Händler mit photographischen Bildern	210.	37.

Digitized by Google

	Seite.	Nummer.
Concurrenz, ideale, von Verbrechen (Abtreibung der Leibesfrucht und Körperverletzung mit tödtlichem Erfolg), also Anwendung zweier Strafbestimmungen	326.	29.
Confiscation nicht vollwichtigen Brodes ist unzulässig	158.	—
„ von vorschriftswidrig transportirtem Schießpulver unbedingt vorgeschrieben, auch wenn dasselbe einem Unbetheiligten gehört	268.	40.
Dolus. Bei idealer Concurrenz zweier Verbrechen sind die beiden Strafbestimmungen anzuwenden, wenn auch dolus bei dem einen Verbrechen nicht vorlag	326.	29.
„ ist zur Strafbarkeit des Führens falscher Namen, Titel u. s. w. erforderlich	344.	44. 45.
Endurtheil. Beschwerden gegen Vorbeschlüsse können nur durch Anfechtung des Endurtheils verfolgt werden . . .	261.	—
Falscher Name. Gebrauch eines falschen Namens ist nur strafbar, wenn der Fragende ein Recht auf die Wahrheit der Antwort hat und wenn der Gefragte diese Eigenschaft des Fragenden kennt	5.	31.
Feldweg. Bedeutet „Feldweg" einen „öffentlichen Feldweg" oder jeden auch privaten Feldweg?	164.	—
Fortgesetzte Ehrenkränkungen. Vor deren Aufhören beginnt die Verjährung nicht	3. 259.	72. 44.
Forum delicti commissi	114. 114.	21. 22.
Forum domicilii	114. 114.	21. 22.
Fristversäumniß bei Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde . . .	111.	18.
Führen, unbefugtes, eines Titels (Professor)	344.	44.
„ eines falschen Vornamens ist strafbar	344.	45.
Gerichtskosten in der Privatklage sind doppelt vorzulegen, wenn mehrere Kläger aufgetreten sind und der Beklagte Rechtsmittel einlegt	1.	68.
Gewerbebetrieb, störender an Sonn- und Festtagen ist verboten	5.	33.
„ unbefugter, durch Anfertigung von Advokatenschriften	268.	39.
Gewerbsmäßigkeit. Nur das gewerbsmäßige unconcessionirte Pfandleihen ist strafbar	17.	35.
Heilighaltung der Sonn- und Festtage ist bei Vermeidung von Strafe geboten	5. 267.	33. 38.
Heilkunde. Unberechtigte Ausübung der Heilkunde gegen Belohnung	6.	34.
Indigenat eines Verurtheilten im norddeutschen Bundesgebiet bewirkt dessen Haftentlassung ohne Caution . . .	1.	70.

Digitized by Google

	Seite.	Nummer.
Landesverweisung ist nicht auf Zeit, sondern unbegrenzt zu verhängen	1.	69.
Lotteriegewinne. Der Betrag von Lotteriegewinnsten geht nicht in das Eigenthum des Collecteurs über	18.	74.
Mildereres Gesetz. Das preußische oder das hessische Strafgesetzbuch in Bezug auf Concurrenz von Vergehen milder?	113.	—
Motivirung. Selbständige Motivirung des Endurtheils ist zweckmäßig, wenn sie auch mit der Motivirung eines Vorbeschlusses ganz übereinstimmt	262.	—
Negatives Resultat einer Beweisantretung. Bei einem solchen kann die Begründung des Urtheils durch Hinweis auf das Protocoll geschehen	393.	79.
Nichtigkeitsbeschwerden waren nach der früheren (Frankfurter) Strafproceßordnung von Amtswegen zu prüfen, ohne daß es einer Rechtfertigungsschrift bedurfte	112.	20.
„ bei Uebertretungen unzulässig	265.	47.
„ Die Frage, ob strafbare Angriffe auf Anordnungen der Obrigkeit vorliegen, unterliegt der thatsächlichen Feststellung und ist durch die Nichtigkeitsbeschwerde unanfechtbar	109.	17.
„ Die Frage, ob eine Behauptung geeignet sei, Jemanden in der öffentlichen Meinung dem Haß oder der Verachtung auszusetzen, ist thatsächlicher Natur, also durch die Nichtigkeitsbeschwerde unanfechtbar	390.	78.
„ Visitationen und Beschlagnahmen, welche die Polizeibehörde zur Controle der richtigen Einhaltung der von den Brod- und Fleisch-Verkäufern selbst festgesetzten Preis- und Gewichtsbestimmungen anordnet, sind weder Gegenstand einer Nichtigkeitsklage noch ein Act des gerichtlichen Processes überhaupt, können vielmehr nur im Verwaltungswege angefochten werden	157.	27.
„ wegen Entziehung des Worts in der Sitzung zurückgewiesen	258.	43.
„ wegen Nichtberücksichtigung von Belastungsmomenten zugelassen	165.	—
„ wegen Verwerfung eines Vertagungsantrags zurückgewiesen	258.	42.
Norddeutscher Bund. Indigenat im Norddeutschen Bunde bewirkt Haftentlassung eines Verurtheilten ohne Caution	1.	70.
Nothwege und Wiche. Deren Versperrung ist strafbar	161.	28.
Obrigkeitliche Concession, s. Concession.		
Obrigkeit im Sinn des Preßgesetzes	165.	—
Oeffentliches Interesse bei Confiscation einer Druckschrift	167.	—

Digitized by Google

	Seite.	Nummer.
Oeffentliches Verkaufen, Feilbieten u. ſ. w. von Preßerzeugniſſen bedarf der polizeilichen Erlaubniß, nicht auch nicht-öffentliches	416.	—
Perſönlicher Strafantrag bei Ehrenkränkungen erforderlich . .	111.	19.
Pfandleihen, unconceſſionirtes, iſt nur ſtrafbar, wenn es gewerbsmäßig geſchieht	17.	35.
Photographiſche Bilder. Der Handel mit photographiſchen Bildern bedarf der obrigkeitlichen Conceſſion (§. 1 des Preßgeſetzes)	210.	37.
Polizeiliche Anordnungen können nicht durch Nichtigkeitsbeſchwerde, ſondern nur im Verwaltungswege angefochten werden	157.	27.
Polizeiliche Anordnungen bleiben ſo lange gültig, bis im Rechtswege anders entſchieden iſt	163.	—
Polizeiamt. Verfügungen des früheren Polizeiamts einer einzelnen Perſon gegenüber ſind nicht als „Verordnungen von Behörden" anzuſehen und nicht durch Strafen durchzuſetzen	308.	41.
Polizeipräſidium. Verfügungen der jetzigen Polizeibehörde Einzelnen gegenüber ſind durch Strafen (aber nicht durch gerichtliche) durchzuſetzen	308.	41.
Polizeiliche Erlaubniß iſt nur zum öffentlichen Verkaufen, Feilbieten u. ſ. w. von Druckſchriften erforderlich . . .	416.	—
Präjudiz in der Ladung des Appellanten geht jetzt dahin, daß auch im Fall deſſen Ausbleibens die Verhandlung ſtattfinde	19.	76.
Preßvergehen. Zum Thatbeſtand derſelben gehört nicht nur die äußere Erſcheinung des Artikels (Abdruck), ſondern auch deſſen Sinn	19.	77.
Privatklage. Sind in der Privatklage mehrere Kläger aufgetreten, ſo hat auch der Beklagte, wenn er Rechtsmittel einlegt, den doppelten Anſatz der Gerichtskoſten vorzulegen	1.	68.
Profeſſor. Unbefugte Führung dieſes Titels iſt ſtrafbar . . .	344.	44.
Publication. Auch die am Wohnort nicht publicirten preußiſchen Geſetze ſind vom Richter des Wohnorts anzuwenden, wenn der Thäter an einem Orte des Inlandes, wo dieſelben gelten, ſich gegen ſie vergangen hat . . .	114.	21.
	114.	22.
Rechtfertigungsſchrift zur Begründung der Nichtigkeitsklage war nach der früheren (Frankfurter) Straf-Proceßordnung nicht erforderlich	112.	20.
Rechtsmittel. Der Redacteur oder Herausgeber einer Zeitſchrift kann die proviſoriſch verfügte Beſchlagnahme des Blattes nicht durch Rechtsmittel anfechten	325.	65.

Digitized by Google

	Seite.	Nummer.
Restitutionsgesuch ist nicht erforderlich, wenn der Appellant die Einreichung einer Rechtfertigungsschrift unterlassen hat, aber nachträglich doch Wiederaufnahme des Beweisverfahrens beantragt	19.	78.
Rückfall. Nach Obertribunals- und Oberappellationsgerichts-Erkenntniss:n begründen auch frühere Urtheile der Gerichte der neuen Landestheile die Strafe des Rückfalls	2. 300. 326.	71. 58. 66—68.
Schießpulver. Verordnung über dessen Zubereitung, Aufbewahrung und Transport	268.	40.
Schmerzensgeld ist keine Privatstrafe, sondern eine Civilentschädigung	19.	79.
Stempelpflichtigkeit. Vollmachten sind auch in Strafsachen stempelpflichtig	107.	—
Steuerdefraudationen. Wegen Steuerdefraudationen ist von dem Strafgericht nur auf Strafe und Confiscation des betreffenden Objects zu erkennen (nicht auch auf Nachzahlung der Steuer)	343.	42.
Strafantrag. Der im §. 190 des hessischen Strafgesetzbuches erforderte Strafantrag ist ein persönlicher, nicht durch Vertretung auszuübender Act	111.	19.
„ Durch Strafantrag innerhalb 3 Monaten beim Polizeipräsidium ist die Frist des §. 50 des Str.-G.-B. gewahrt	343.	43.
Strafgesetz. Gleichzeitige Anwendung zweier Strafgesetzbücher (des hessischen und des preußischen) ist unzulässig . . .	112.	20.
Straßenverkehr. Störung desselben (§. 344, 7 Str.-G.-B.) .	4.	30.
Thatbestand bei Preßvergehen, s. Preßvergehen.		
Thatsächlicher Feststellung unterliegt die Frage, ob aus Form und Umständen, unter welchen eine Aeußerung geschah, die beleidigende Absicht von selbst folge	263.	46.
Thatsache, s. Nichtigkeitsbeschwerde S. 109, 17 u. 390. 78.		
Theilnahme bei Uebertretungen ist straflos	416.	—
Trödelvertrag (oder Unterschlagung)	3.	73.
Uebertretungen. Unzulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde des Beschuldigten bei Uebertretungen	265.	47.
Uebertretung. Auch die Behauptung einer unwahren Thatsache, welche eine Uebertretung darstellt, kann unter Umständen den Thäter dem Haß oder der Verachtung aussetzen	392.	—
Uebertretungen. Theilnahme und Anstiftung bei Uebertretungen ist straflos	416.	—

Digitized by Google

	Seite.	Nummer.
Unterbrechung der Verjährung. Durch Klageantrag wird die Verjährung unterbrochen	3. 259.	72. 44.
Unterschlagung oder Trödelvertrag	3.	73.
„ nicht Civilverbindlichkeit liegt vor, wenn ein Collecteur die Gewinne von Loosen, die er erheben und abliefern sollte, für sich verbraucht	18.	74.
„ Nicht Unterschlagung, sondern Civilverbindlichkeit liegt vor, wenn ein Collecteur zur Anschaffung von Loosen bestimmte Gelder für sich verbraucht	18.	75.
Verjährung. Bei fortgesetzten Ehrenkränkungen beginnt die Verjährung erst mit deren Aufhören	3. 259.	72. 44.
Verleumdung. Auch eine verleumderische Aeußerung zur Wahrung von Gerechtsamen ist straflos	263.	46.
Vollmachten sind auch in Strafsachen stempelpflichtig	107.	—
Vollwichtigkeit des Brodes	157.	27.
Vornamen. Führen eines falschen Vornamens ist strafbar	344.	45.
Wich oder Nothweg	161.	28.
Wiederaufnahme des Beweisverfahrens, s. Beweisverfahren.		
Wirthschaft. Recht, Wirthschaft zu betreiben, s. Concession.		
Wohlerworbene Rechte können durch nachfolgende Gesetze nicht entzogen werden	259.	44.
Wohnungswechsel. Der thatsächliche Wohnungswechsel, nicht die rechtliche Dauer des Miethverhältnisses ist für die An- und Abmeldung maßgebend	17.	36.
Wortentziehung in der Sitzung als Cassationsgrund geltend gemacht	258.	43.

Zusammenstellung

der hauptsächlichsten Gesetzesstellen, welche in dem strafrechtlichen Theil erläutert sind.

	Seite.	Nummer.
Verordnung über die Heilighaltung der Sonn- und Festtage vom 21. August 1817, pos. I.	5. 267.	33. 38.
Hessisches Strafgesetzbuch vom 17. Sept. 1841, §. 125, 5	3. 259.	72. 44.
„ „ „ „ „ „ §. 190	111.	19.
Gesetz, den Wich betr., vom 1. April 1851, §. 7, 17	161.	25.
(Jetziges) Preßgesetz vom 12. Mai 1851, §. 1, 55	210.	37.
„ „ „ „ „ „ §. 10, 41	415.	46.
(Früheres) Preßgesetz vom 20. Sept. 1856, Art. 2	167.	29.
Feldstrafgesetz vom 24. Mai 1861, §. 70	161.	28.

Digitized by Google

	Seite.	Nummer.
Gewerbegesetz vom 12. Jan. 1864, §. 1, 2, 10, 2, 26 . .	4.	29.
	250.	41.
Accisgesetz vom 12. April 1864	5.	32.
Senatsverordnung, den Brodverkauf betr., vom 29. April 1864	157.	27.
Einführungsgesetz zum preußischen Strafgesetzbuch vom 12. December 1866, Art. IV.	3.	72.
	259.	44.
Verordnung, die Polizeigewalt betr., vom 20. Sept. 1867, §. 5 ff., 18	308.	41.
Polizeiverordnung, das Meldewesen betr., vom 1. Dec. 1867	17.	36.
Strafgesetz, §. 50	3.	72.
	259.	44.
	343.	43.
„ §. 58	2.	71.
„ §. 105	5.	31.
	344.	44.
	344.	45.
„ §. 154	263.	46.
„ §. 156	390.	78.
„ §. 181	326.	29.
„ §. 199	6.	34.
„ §. 241	394.	80.
„ §. 264	17.	35.
„ §. 340, 8	5.	33.
	267.	38.
„ §. 340, 9	265.	47.
„ §. 344, 7	4.	30.
„ §. 345, 4	268.	40.
Strafprozeßordnung, §. 353	393.	79.
„ §. 364	266.	47.
„ §. 365, 2	325.	65.
„ §. 377.	19.	77.
	263.	46.
	261.	—
„ §. 381	266.	47.
„ §. 386	393.	79.
„ §. 387	261.	—
„ §. 389	265.	46.
„ §. 391	266.	47.
„ §. 403	325.	65.
„ §. 404	261.	—
„ §. 406	266.	47.

Digitized by Google

B. Civilrechtlicher Theil.

Seite.

Adhäsion. Für die Zulässigkeit derselben genügt, daß in dem nämlichen Streitpunkt beide Theile eine Abänderung des Erkenntnisses verlangen . . . . . 249.

Adjunktion, von Untersuchungsakten in civilrechtlichen Streitigkeiten . . 95.

Agent, nicht befugt, Dispositionsstellungen entgegenzunehmen . . . . 7.

Aktenversendung, s. Obertribunal . . . . . 98. 116.

Aktiengesellschaft, s. Statutenmäßigkeit . . . . . 99.

Alimentation, s. Erziehung . . . . . 310. 313. 314.

Animus juris, s. Servitut 141

Anwalt, s. Obertribunal . . . . . 61. 250. 390.

Arrest. Ein erkannter, jedoch nicht vollzogener Arrest tritt nicht durch einfaches Anrufen wieder in Kraft, vielmehr muß er neu beantragt und erkannt werden. Die provisorische Erneuerung durch den Stadtgerichts-Direktor bedarf der Bestätigung durch das Plenum . . . . . 24. 25.

„ Der Zweck eines impetrirten Arrests (Begründung des Gerichtsstands und Sicherung des Streitobjekts), der sich aus der mit dem Arrestgesuch gegen einen fremden Beklagten verbundenen Klage ergibt, braucht nicht ausdrücklich angegeben zu werden . . . . . 68. 71.

„ Beschaffenheit der erforderlichen Spezialvollmacht . . . . . 72.

„ Die Einverleibung Frankfurts in Preußen ist auf einen vor jener Zeit in Frankfurt gegen einen Preußen erkannten Arrest ohne Einfluß . . . . . 72.

„ Die Aufhebung eines Arrests, wodurch der Gerichtsstand begründet wurde, hebt die Competenz des Gerichts nicht auf . . . 72.

„ Mangelnde Specialvollmacht bei Real-Arrest . . . . 237. 241.

Aufhebung, s. Vertrag . . . . . 88 ff. 235. 335.

Auftrag, s. Stillschweigen . . . . . 42.

Bau. Die Frage, ob die Baubehörde verlangen kann, daß ohne Entschädigung die Façade in die Baulinie vorgerückt und die Ecken abgestumpft werden, unterliegt der richterlichen Competenz . . . . . 125.

„ Einhaltung der Straßenlinie . . . . . 126.

„ Unterscheidung von Umbau und Neubau . . . . . 127.

Digitized by Google

Seite.

Bau. Die Entschädigung für die abgestumpften Ecken ist nicht nach dem Expropriationsgesetz, sondern nach billigem Anschlag zu bewirken . . . . . 129.
„ s. auch Wich . . . . . 245 ff.
Bauübernahme-Vertrag, Perfektion desselben . . . . . 85 ff.
Bauverbot. Der Umstand, daß ein Bauverbot nur einen Theil des nachbarlichen Hauses trifft, sofern nur dadurch der ganze Bauplan in Frage gestellt wird, vermindert die Schadenersatzpflicht des Impetranten nicht . . . . . 64.
„ Das noch von einem andern Nachbarn als dem im Streit befindlichen Impetranten erwirkte Bauverbot kann an der Ersatzpflicht des Letzteren nichts ändern . . . . . 65.
„ Wer widerrechtlich ein Bauverbot erwirkt, hat dem Impetraten nicht nur den positiven Schaden, sondern auch den entgangenen Gewinn zu ersetzen . . . . . 66.
Begräbniß-Ordnung, s. Israelitischer . . . . . 403.
Bereicherungsklage, gegen den mit Deckung versehenen Domiziliaten . . 287 ff.
Bergwerk, s. Kaufpreis . . . . . 80.
Beschwerde, s. Adhäsion . . . . . 249.
Besitz, s. Servitut . . . . . 141.
„ s. Hereditatis petitio . . . . . 180.
Beweis, künstlicher, aber vollständiger . . . . . 105.
„ Ein besserer Beweis ist nachzulassen, wenn der Beweis ohne Artikulirung betreffender Thatsachen aufgegeben und eine Präklusivfrist nicht gesetzt war . . . . . 101.
„ s. auch Handlungsbücher . . . . . 119.
Beweislast, bei behaupteter Vereinbarung der Vorausbezahlung des Kaufpreises . . . . . 25.
„ Kläger braucht nur die Thatsachen zu beweisen, welche zur Entstehung seines Rechts erforderlich sind; der Beklagte die Umstände, welche das Recht aufheben oder beschränken . . 182.
„ Bei der von dem Regreßbeklagten behaupteten Präjudizirung und Verjährung des Wechsels . . . . . 188. 189 ff.
„ s. auch culpa . . . . . 93.
Bona fides beim Erwerb von Inhaberpapieren . . . . . 414.
Brandmauer. Die gegenseitigen Rechte der Angränzer an einer solchen haben das nachbarliche Verhältniß beider Gebäude zur nothwendigen Voraussetzung und können nicht zum Gegenstand einer selbständigen Verfügung, Veräußerung u. s. w. gemacht werden . . . . . 302 ff.
Bürge. Fortbestehen der obligatio nach Zahlung durch den Bürgen . 10.
„ s. auch Contocorrent . . . . . 194.
Bürgschaft für einen Credit in laufender Rechnung . . . . . 353 ff.

Digitized by Google

Seite.

Caution. Nur die hier mit Immobilien genugsam begüterten Bürger sind von der Prozeßkostencaution befreit . . . . . 345.
Cession einer Forderung, ein Handelsgeschäft . . . . . 69.
„ s. auch Simulation . . . . . 37.
Codicill. Dessen confirmatio durch ein Kraft der Codicillarklausel nur als Codicill bestehendes testamentum destitutum . . . 9.
Collecteur, s. Schenkung . . . . . 22.
Collision der Gesetze . . . . . 181. 183. 186.
Commissionär, dessen Pfandrecht . . . . . 28. 273. 276.
„ als Selbstverkäufer . . . . . 120.
Compensation einer illiquiden Forderung gegen eine liquide ist unzulässig 379.
Competenz eines Gerichts nach H.-G.-B. Art. 313 — 316 . 232. 238. 244.
„ „ „ nach Art. 51 der prov. Proc.-O. . . 232. 237.
„ Der Beklagte kann nicht verlangen, daß die Vorklage wegen Incompetenz abgewiesen, die Widerklage aber verhandelt werde 238.
Competenz-Conflikt . . . . . 327 ff.
Concordat, homologirtes, Einfluß desselben auf die Illatenforderung der Ehefrau nach der Rheinischen Civilgesetzgebung . . . . . 294 ff.
Concurs. Der Curator hat nicht die Befugniß zum Aufgeben von der Masse zustehenden Rechten, wenn dies nicht zum Zweck der künftigen Distribution geschieht . . . . . 269.
„ s. auch Eigenthumsübergang . . . . . 351.
Consens, s. Ehe . . . . . 380 ff.
Contocorrent. Der Art. 291 des H.-G.-B. setzt eine noch laufende Rechnung voraus . . . . . 40.
„ Der Bürge, gegen welchen die Contocorrentschuld des Hauptschuldners eingeklagt wird, muß sich mit den durch das Contocorrentverhältniß gebotenen Aufstellungen und Nachweisen begnügen und kann nicht specielle Angaben über die einzelnen Debetposten verlangen . . . . . 194.
„ s. auch Verzugszinsen . . . . . 74.
Contocorrent-Vertrag, Wesen desselben . . . . . 355. 356. 361.
„ Das Aufrechnen einzelner Credit- gegen einzelne Debet-Posten ist ausgeschlossen; erst ein Contocorrentschluß ergibt eine fällige Forderung oder Schuld . . . . . 355. 356. 361.
„ Wird durch Abschluß der Bilanz einer neuen Rechnungsperiode die Saldoforderung aus der früheren mittelst Novation zerstört? . . . . . 357. 362 ff.
Correal-Schuldner haften auch dann für die Darlehensschuld, wenn das Geld durch Anweisung auf einen Dritten gegeben, oder von dem Debitor früher schon aus einem andern Verhältniß geschuldet wurde . . . . . 378.
„ Das von Einem der correi eingegangene pactum de non petendo wirkt auf die übrigen nicht ein . . . . . 378.

Digitized by Google

Seite.

Correal, Zulässigkeit von Einreden, insbesondere im Fall einer Societät zwischen den Correalschuldnern . . . . . 378.

Culpa, als Voraussetzung der der lex Aquilia nachgebildeten actio in factum . . . . . 91. 93. 94.

„ Einstehen des Dienstherrn für die Verschuldung der Untergebenen . . . . . 92. 93. 94.

„ Ist es einem Maurermeister als Verschulden anzurechnen, wenn er ein zur Ausführung eines Baues errichtetes Gerüst, nicht selbst genau wegen Festigkeit und Solidität untersucht? 92. 93. 94.

„ Die culpa ist von demjenigen zu beweisen, der daraus Entschädigungsansprüche geltend macht . . . . . 93.

Cura prodigi. Voraussetzung der Bestellung derselben . . . . . 322.

„ Zeitige Vermögenslosigkeit macht die Curatel nicht überflüssig 322.

Dispositionsstellung. Ausdehnung des gesetzlichen Rechts 150. 152. 153 ff.

„ Verspätete Rücksendung . . . . . 151.

„ Sie hat innerhalb eines modicum tempus zu geschehen, insbesondere bei Bemerkung einer Reklamationsfrist auf der Faktura . . . . . 197. 200.

„ Muß ein Großhändler die wenigen unbeanstandeten Stücke der größeren beanstandeten Waarensendung behalten? 199. 200. 202. s. auch Agent . . . . . 7.

Domicil. Gerichtsstand . . . . . 181. 183. 186.

Domiciliat, s. Wechsel . . . . . 287 ff.

Ediktalladung bei im norddeutschen Bund wohnenden Erben . . . . 209.

Ehe. Ist der Verlobte eines Mädchens, deren Eltern die Einwilligung zur Ehe verweigern, zur Klaganstellung gegen dieselben berechtigt? . . . . . 380. 381. 383.

„ Verweigerung des elterlichen Consenses nur aus Gründen, welche entweder Ehehindernisse oder natürliche Bedingungen des Bestandes der Ehe sind . . . . . 381. 382.

„ Einwilligung der Eltern auch von großjährigen Kindern nachzusuchen . . . . . 382.

„ Supplirung des Consenses durch das Gericht, namentlich mit Rücksicht auf das reife Alter und die Selbständigkeit der Tochter . 382.

Ehefrau, s. Einbringen . . . . . 52.

„ s. Concordat . . . . . 294.

Ehegatte, s. Nutznießungsrecht . . . . . 215 ff. 310. 313.

Ehescheidung. Das Recht der Mutter, mit ihren Kindern während des Scheidungsprozesses zu verkehren, muß zurückweichen vor der stärkeren Rücksicht auf das Wohl der Kinder . . . . . 306.

Eheverträge. In denselben dürfen nicht Verfügungen, welche über Ehesteuer und Widerlage gehen, aufgenommen werden, doch ist

Digitized by Google

Seite.

den Ehegatten nicht verboten, ihre Güterverhältnisse autonomisch zu ordnen . . . . . 221 ff.
Eheverträge, jüdische, sind vollkommen zulässig . . . . . 214. 218.
„ Wird auch das Nutznießungsrecht des überlebenden Gatten durch den jüdischen Ehevertrag aufgehoben? . . . 215. 219 ff.
Eidesleistung durch eine Innung . . . . . 138. 144.
Eigenthumsübergang, an Immobilien, insbesondere bei Versteigerungen 167.
„ Transscription und Währschaft erforderlich? . 168 ff. 172 ff. 174 ff.
„ an verpfändeten Liegenschaften ohne Zustimmung des Insatzgläubigers . . . . . 336.
„ Ist die Uebergabe bereits durch ein constitutum possessorium bewirkt worden, die Perfektion des Kaufgeschäfts aber erst von dem Eintritt einer zukünftigen Thatsache abhängig gemacht, so kann beim Eintritt dieser Bedingung der Zeitpunkt des Eigenthumsüberganges nicht auf den Abschluß des Constitutums zurückbezogen werden . . . . . 351.
Ist daher der Verkäufer vor Erfüllung der Bedingung in Concurs gerathen, so ist die rei vindicatio gegen den Curator unstatthaft . . . . . 352.
Einbringen der Ehefrau, die Zurückgabe einer Summe aus dem eingebrachten Sondervermögen der Frau ist während der Ehe gestattet 52.
Hatte die Ehefrau diese Summe gar nicht inferirt, so ist die Gabe als Schenkung anzusehen, welche (abgesehen von der actio Pauliana) auch als Schenkung unter Ehegatten angefochten werden kann . . . . . 54.
„ s. auch Concordat . . . . . 294.
Einlassung, negative, als solche kann das bloße Läugnen der rechtlichen Relevanz einer Thatsache nicht gelten . . . . . 39.
Einrede, s. Senatuscons. Vellejanum . . . . . 103.
Einverleibung, Frankfurts in Preußen, ihr Einfluß auf einen vor jener Zeit in Frankfurt gegen einen Preußen erkannten Arrest . . 72.
Eisenbahnen, s. Schadenersatz . . . . . 6. 266.
Emballage, s. „ . . . . . 6. 266.
Erben, s. Lebensversicherung . . . . . 12 ff.
Erbeinweisung, s. Immission . . . . . 155.
Erblose Güter . . . . . 23.
„ s. auch Fiskus . . . . . 181. 183 ff.
Erbschaft, s. hereditatis petitio . . . . . 180.
Erbschaftssteuer . . . . . 210. 342.
Erfüllung des Kaufvertrags, s. Frist . . . . . 7.
„ s. Verzug . . . . . 75.
Erfüllungseid oder Reinigungseid aufzulegen . . . . . 46. 105.
Errungenschaft, s. Lebensversicherung . . . . . 13. 14.
Erziehung, der Kinder, Verpflichtung des überlebenden parens . 310. 313.

Digitized by Google

Seite

Erziehung. Die Standesmäßigkeit der dem parens obliegenden Erziehung der Kinder ist nach den Verhältnissen der Kinder, nicht nach denen des parens zu beurtheilen . . . . . 314.
Eviktion, s. Kaufvertrag . . . . . 406 ff.

Faustpfand. Verkauf desselben nach Art. 310 H.-G.-B. Zulässigkeit der Schadensklage gegen den Faustpfandgläubiger . . . . 26.
Fides bona beim Erwerb von Inhaberpapieren . . . . . 414.
Fides mala, kann nicht aus dem bloßen Besitz von Urkunden gefolgert werden, aus denen sich die Nichtexistenz des von den Besitzern beanspruchten Rechts ergibt . . . . . 134. 142.
Fiskus. Der dem Rath der freien Stadt Frankfurt zustehende gesetzliche Anspruch auf erblose Güter ist lediglich privatrechtlicher Natur, darum nicht durch die Einverleibung Frankfurts auf den preußischen Fiskus übergegangen . . . . . 23.
„ Er erwirbt erblose Güter nicht durch Singular-Succession jure occupationis, sondern als Universal-Successor . . . . 181.
„ Die Succession erfolgt nach dem Personalstatut des Erblassers und kann nur dem Fiskus des Wohnortes deferirt werden . 181.
„ Wie, wenn der Erblasser zur Zeit seines Todes kein Domizil hatte? . . . . . 181. 183. 186.
Frist. Wenn der Verkäufer sich bestimmt weigert, zu liefern, so braucht ihm der Käufer nicht die sonst erforderliche angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten zu gewähren . . . . . 7.

Gefahr, bei einer Geldsendung . . . . . 207.
Gemeindevorstand, s. Israelitischer . . . . . 403.
Genehmigung, s. Kauf auf Besicht . . . . . 42.
Gerichtsgebrauch. Unrichtige constante Anwendung eines Gesetzes ist nicht ein solcher . . . . . 339.
Gerichtsstand des Domizils und des Geburtsorts . . . . 181. 183. 186.
Gesetz, rückwirkende Kraft . . . . . 272.
Gewerbegesetz vom 12. Januar 1864 . . . . . 146.
Gewinn, s. Rechnungsstellung . . . . . 80 ff.
Gewinn, entgangener, s. Bauverbot . . . . . 66.

Handelsgeschäft. Ist die Cession einer kaufmännischen Forderung ein Handelsgeschäft? . . . . . 69.
Handelsgesellschaften, nach dem Code de commerce; Concurs über dieselben . . . . . 296.
Handelsgesetzbuch, allg. deutsches, Art. 32 . . . . . 120.
„ „ „ „ 34 . . . . . 119.
„ „ „ „ 35 . . . . . 120.
„ „ „ „ 47 . . . . . 7.
„ „ „ „ 52 . . . . . 23.

Digitized by Google

Seite.

Handelsgesetzbuch, allg. deutsches, Art. 58 . . . . . 23.
„ „ „ „ 62 . . . . . 335.
„ „ „ „ 63 . . . . . 235.
„ „ „ „ 84 . . . . . 402.
„ „ „ „ 242 . . . . . 99 ff.
„ „ „ „ 244 . . . . . 99 ff.
„ „ „ „ 274 . . . . . 69.
„ „ „ „ 275 . . . . . 75.
„ „ „ „ 289 . . . . . 74.
„ „ „ „ 291 . . . . . 40. 74. 369.
„ „ „ „ 299 . . . . . 69.
„ „ „ „ 306 . . 11. 32 ff. 273 ff. 281. 371.
„ „ „ „ 307 . . . . . 373. 414.
„ „ „ „ 308 . . . . . 33 ff.
„ „ „ „ 309 . . . . . 273.
„ „ „ „ 310 . . . . . 26.
„ „ „ „ 313 . . . . . 292. 293.
„ „ „ „ 313 }
„ „ „ „ 314 } 27 ff. 232 ff. 238 ff. 242 ff. 272 ff. 277 ff.
„ „ „ „ 315 }
„ „ „ „ 316 }
„ „ „ „ 317 . . . . . 69.
„ „ „ „ 323 . . . . . 42.
„ „ „ „ 325 . . . . . 207.
„ „ „ „ 337 . . . . . 148.
„ „ „ „ 339 . . . . . 41 ff.
„ „ „ „ 342 . . . . . 25.
„ „ „ „ 343 . . . . . 396. 400. 402.
„ „ „ „ 346 . . . . . 150 ff.
„ „ „ „ 347 . . . . . 150 ff. 197.
„ „ „ „ 354 . . . . . 75 ff.
„ „ „ „ 355 . . . . . 7.
„ „ „ „ 356 . . . . . 7. 396.
„ „ „ „ 357 . . . . . 396. 399.
„ „ „ „ 359 . . . . . 190.
„ „ „ „ 360 . . . . . 120.
„ „ „ „ 374 . . . . . 28. 273.
„ „ „ „ 376 . . . . . 120.
„ „ „ „ 395 . . . . . 6. 266.

Handlungsbücher, deren Beweiskraft . . . . . 119 ff.
Handlungsgehülfe. Aufhebung des Vertrags mit dem Prinzipal nach Art. 62 u. 63 H.-G.-B. . . . . 235 335.
Hereditatis petitio, der Beklagte kann auch durch einen Andern (z. B. Curator) besitzen . . . . . 180.

Seite.

Hypothek. Bedeutung der Klausel eines Kaufvertrags, daß der Käufer die auf dem Grundstück haftende Hypothek übernehmen solle 80.
„ Die vom Verkäufer eines Grundstücks nach erfolgter Tradition geschehene Hypothekenbestellung ist nichtig . 170. 172. 177.
„ Stellung des einer Nachtung nachfolgenden Insatzgläubigers im Concurs des Schuldners . . . . . 322 ff.
„ Der Eigenthümer einer verpfändeten Liegenschaft bedarf zu deren Verkauf nicht der Zustimmung des Insatzgläubigers . 336.

Illaten, s. Einbringen . . . . . 52.
Immission, nicht mehr von der Zustimmung der städtischen Steuer-Behörde abhängig . . . . . 155.
Immobilien. Hat bei Kaufverträgen über Immobilien im Fall des Verzugs eines Contrahenten der andere das Recht des Rücktritts vom Geschäft? . . . . . 75.
„ Bei dem Verkauf dürfen sie nicht mit der Servitut, daß bestimmte Gewerbe nicht darauf betrieben werden sollen, beschwert werden . . . . . 225.
„ Zur Umschreibung von mit einer Hypothek belasteten Grundstücken ist die Genehmigung des Insatzgläubigers nicht erforderlich . 336. ff.
„ s. auch Eigenthumsübergang . . . . . 167 ff.
Inhaberpapiere. Die einem solchen beigefügten Coupons, wenn sie nicht selbst auf den Inhaber lauten, sind keine (selbstständigen) Inhaberpapiere . . . . . 412.
„ Private sind zur Ausstellung und Ausgabe von Inhaberpapieren selbstständig berechtigt . . . . . 412.
„ Exceptio non num. pec. von Seiten des Ausstellers gegen einen späteren Inhaber des Papiers unzulässig . . . . . 414.
„ Ein Inhaber kann als unredlicher Besitzer dann nicht betrachtet werden, wenn er bei dem Erwerb zwar von der früher vorgekommenen Unterschlagung zufällig Kenntniß hatte, aber sein Vorgänger redlicher Besitzer war . . . . . 414.
„ s. auch Police . . . . . 11. 372.
„ s. auch Vindikation . . . . . 33 ff.
Insatz, s. Hypothek. . . . . 80. 170 ff. 323. 336.
Insinuation, s. Schenkung . . . . . 22.
Interpretation eines Vertrags . . . . . 316 ff.
Israelitischer Gemeindevorstand. Autonomie desselben, Befugniß zum Erlaß einer Begräbnißordnung und zur Aufstellung eines Tarifs für die Grabstätten . . . . . 403.
Juden, s. Eheverträge . . . . . 214 ff.

Kauf, s. Frist, S. 7, s. Verzug . . . . . 75 ff. 399.
Kauf auf Besicht. Die rechtzeitige Retournirung der Waare enthält die Nichtgenehmigung . . . . . 43.

Digitized by Google

Seite.

Kauf. Bestimmung der Probefrist . . . . . 42. 44.
„ Die Erklärung des Käufers, er finde die Preise zu hoch und sehe daher weiteren Nachrichten entgegen, ist nicht als eine ausdrückliche Nichtgenehmigung anzusehen . . . . . 46.
Kaufpreis, s. Preis S. 80, 149, 195, s. Preiscourant S. 148, s. Beweislast S. 25, s. Dispositionsstellung . . . . . 150 ff.
Kaufvertrag ist rechtlich gültig, wenn er auch in dieser Form zunächst nur zur Sicherstellung des angeblichen Käufers für eine Forderung desselben gegen den Verkäufer abgeschlossen ist . . . . . 347.
„ Die Perfection desselben von dem Eintritt einer zukünftigen Thatsache abhängig gemacht . . . . . 351.
„ Auslegung einer Stipulation, wonach der Verkäufer eines Hauses den Käufer gegen alle Ansprüche Dritter auf die Area zu vertreten und schadlos zu halten verspricht . . . . . 406 ff.
Kündigung, in der Klaganstellung enthalten . . . . . 9.
„ Der Verzicht auf das in einem Pachtvertrag eingeräumte Kündigungsrecht macht den Verzichtenden nicht jedes Kündigungsrechts verlustig, vielmehr treten nun die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen über die Kündigung ein . . . 204. 206.

Lebensversicherung. Die Versicherungssumme aus einer zu Gunsten „der Erben“ genommenen Police gehört nicht zum Nachlaß des Versicherten . . . . . 12.
„ Wenn die Police auf den alleinigen Namen eines Gatten mit Zustimmung des anderen Gatten ausgestellt ist, so ist das Versicherungskapital, wenn man es überhaupt zum Vermögen der Ehegatten rechnen will, jedenfalls als Sondergut des versicherten Gatten zu betrachten . . . . . 13. 14.
Lieferung, s. Frist . . . . . 7.
„ s. Dispositionsstellung . . . . . 197 ff.
„ s. Verzug . . . . . 399.
Lohn, s. Handlungsgehilfe . . . . . 235. 335.
Lotteriegewinn, s. Schenkung . . . . . 22.

Makler. Er ist im Lauf der Verhandlungen als Mandatar beider Parteien thätig . . . . . 131.
„ s. auch Produktenbörse . . . . . 400. 402.
Mandatar, der als solcher kontrahirt, besitzt kein selbständiges Klagrecht 23.
„ Eine demselben persönlich innewohnende, aber bei Vermittlung eines Geschäftes in keiner Weise hervorgetretene Bekanntschaft mit einem das Geschäft betreffenden Umstand ist ohne Einfluß auf das von den Parteien begründete Rechtsverhältniß 128.
„ Die Wirksamkeit eines Vertrages ist aus der Person des Mandatars zu beurtheilen und dem Mandanten nützt die eigene Unkunde nichts, wenn nur der Mandatar Kenntniß hatte 131.

Digitized by Google

Seite.

Meineid, ſ. Zeuge . . . . . 40.
Miteigenthum, ſ. Brandmauer . . . . . 302 ff.
Mora, ſ. Friſt . . . . . 7.
„ ſ. Verzug . . . . . 75 ff. 399.

Nachlaßvertrag, Pactum de non pet. . . . . 378.
Negotium cum donatione mixtum, ſ. Schenkung . . . . . 22.
Neubau, entſcheidende Merkmale deſſelben gegenüber dem Umbau . . . 127.
Nothfriſt, der Appellation, verſäumt . . . . . 61.
Novation, ſ. Contocorrentvertrag . . . . . 357. 362 ff.
Nutznießungsrecht des überlebenden Gatten, wird es durch den jüdiſchen Ehevertrag aufgehoben? . . . . . 215. 219 ff.
„ Die vertragsmäßige Aufhebung des maritalen Nießbrauchsrechts ſchließt auch die älterliche Nutznießung in ſich, nicht aber den Nießbrauch an demjenigen, was den Kindern nach Auflöſung der Ehe zugefallen iſt . . . . . 221.
„ Auf der dem überlebenden parens vom Geſetz verſchafften Nutznießung haftet für denſelben zugleich die Verpflichtung, für ſtandesmäßigen Unterhalt der Kinder Sorge zu tragen 310. 313.
„ Steht den Kindern ein Recht auf vorzugsweiſe Befriedigung aus den Zinſen des in dem Nießbrauch des überlebenden parens befindlichen Vermögens gegenüber den Gläubigern der Nutznießerin zu . . . . . 310. 313.

Obertribunal. Daſſelbe hat in einer von dem Oberappellations-Gericht zu Lübeck an eine Univerſität geſchickten Sache nicht das vom Spruchcollegium abgefaßte Urtheil zu publiciren, ſondern ſelbſt Urtheil zu ſprechen . . . . . 98. 116.
„ Die Zuordnung eines Anwaltes bei dem Obertribunal verweigert, da der Beſcheid des Appellations-Gerichts rechtskräftig geworden . . . . . 61.
„ Verſäumte Nothfriſt . . . . . 250.
„ Schriften, welche nicht von einem Anwalt mitunterzeichnet, zurückgewieſen . . . . . 250. 390.

Pacht, ſ. Kündigung . . . . . 204. 206.
„ ſ. relocatio tacita . . . . . 205.
Pactum de non petendo, von Einem mehrerer correi geſchloſſen, wirkt auf die übrigen nicht ein . . . . . 378.
„ Ein Nachlaßvertrag im Concurs iſt ein pactum de non pet. 378.
Pfand, ſ. Fauſtpfand . . . . . 26.
„ ſ. Hypothek . . . . . 80. 170 ff. 323. 336.
Pfandbeſitz, ſ. Police . . . . . 11. 374.
Pfandobjekt. Eine auf daſſelbe während des Pfandnexus von dem Pfandſchuldner beſtellte, deſſen Werth verringernde Servitut, braucht der Pfandgläubiger nicht anzuerkennen . . . . . 334.

Digitized by Google

Seite.

Pfandrecht. Es kann nicht selbständig für sich, sondern nur im Anschluß an ein Rechtsverhältniß entstehen, welches, wenn es auch seinen vollen Effekt erst in der Folge erlangt, doch im Prinzip bereits vorhanden ist . . . . . 28.

„ Das stillschweigende Pfandrecht aus Art. 54 der Wechselordnung von 1739 ist durch das Retentionsrecht aus Art. 313—316 H.-G.-B. bez. Art. 15 des Einführungsgesetzes ersetzt . . . . . 27 ff. 271. 277.

„ Des Commissionärs . . . . . 28. 273. 276.

Police. Die auf den Inhaber zahlbar gestellte Lebensversicherungspolice ist nicht ein eigentliches Inhaberpapier . . . . . 11. 372.

„ Derjenige, welcher eine solche Police als Pfand besitzt, wird durch Auslieferung derselben an den Fiskal seines Pfandbesitzes nicht verlustig 11. 374

„ Da die Forderung in einer solchen nicht verkörpert ist, so kann erstere ohne Uebergabe der letzteren cedirt werden und der Cessionar kann die Police vindiciren . . . . . 12. 376.

Präjudicirung, s. Wechsel . . . . . 188. 189 ff.

Präsumtion, s. Servitut . . . . . 141.

Preis. Vereinbarung desselben . . . . . 195.

„ Der einmal bewilligte Rabatt verpflichtet nicht für die Zukunft 149.

„ Ebensowenig das einmal bewilligte Zahlungsziel . . . . 149.

„ Wenn der Kaufpreis in einer ewigen Rente (Antheil am Reingewinn des verkauften Bergwerks) besteht, kann dann der Käufer den Betrieb des Bergwerks wegen mangelnden Gewinns aufgeben? . . . . . 80 ff.

„ s. auch Beweislast . . . . . 25.

Preiscourant, kann (besonders bei Waaren, für welche das Rohmaterial öfteren Preisschwankungen unterworfen ist) nicht für alle Zukunft bindend sein . . . . . 148.

Prodigus, s. Cura . . . . . 322.

Produktenbörse, Usancen derselben bei Fixgeschäften über Waizen . . . 396 ff.

„ Die unbeeidigten Notirungsmakler der Frankfurter Produktenbörse sind als Handelsmakler im Sinn des Art. 343 H.-G.-B. anzusehen . . . . . 400. 402.

Protest Mangels Zahlung, s. Wechsel . . . . . 188. 189.

Provokationsklage ist dann unzulässig, wenn derjenige, welchem gegenüber ein Dritter rechtlicher Ansprüche sich berühmt, durch eine ihm selbst zuständige Klage ohnehin schon in den Stand gesetzt ist, den Grund oder Ungrund jener Ansprüche ins Klare zu stellen . . . . . 8.

Qualificirtes Geständniß . . . . . 25.

Quasibesitz, s. Servitut . . . . . 141.

Digitized by Google

Seite.

Nachtung, s. Hypothek . . . . . 322. ff.
Rechnungsfehler, s. Zugeständniß . . . . . 151.
Rechnungsstellung. Ist derjenige, welcher ein Bergwerk gegen Zahlung einer Tantième am Reingewinn gekauft hat, dem Verkäufer zur Rechnungsstellung verpflichtet? . . . . . 80 ff.
Regreß, s. Wechsel . . . . . 188. 189. 193.
Relocatio tacita bei dem Pachtvertrag . . . . . 205. 206.
Res judicata, jus facit inter partes auch bei actiones in rem wie die hereditatis petitio . . . . . 181. 184.
Retentionsrecht nach H.-G.-B. Art. 313—316, dessen Natur 232 ff. 272 ff. 277 ff.
„ insbesondere wenn von dem Gläubiger eine Caution dafür geleistet, daß er die ihm anvertrauten Gegenstände zurückgeben werde . . . . . 239. 242.
„ hebt die Bestellung einer hypothekarischen Sicherheit für die Rückgabe der Caution das Retentionsrecht auf? . . 239. 243.
„ Der Auftrag des Schuldners, die ihm gehörigen, im Besitz des Gläubigers befindlichen Sachen an ihn (den Schuldner) zurückzusenden, hindert nicht, nach Art. 313, Abs. 2, die Ausübung des Retentionsrechts . . . . . 234.
„ Setzt dasselbe das Eigenthum des Schuldners an den zu retinirenden Gegenständen voraus . . . . . 28 ff. 272 ff. 282.
„ Dasselbe ist unzulässig, wenn es der von dem Schuldner ertheilten Vorschrift widerstreitet, in einer bestimmten Weise mit den Gegenständen zu verfahren . . . . . 292. 293.
„ s. auch Pfandrecht . . . . . 27 ff. 271 ff.
Rücksendung, s. Dispositionsstellung . . . . . 150 ff. 197 ff.
Rücktritt, s. Frist . . . . . 7.
„ s. Verzug . . . . . 75 ff.
Rückwirkung der Gesetze . . . . . 272.

Schadensersatz. Der in dem Eisenbahnbetriebsreglement bestimmte Ansatz von fl. 35 für den Centner einer nicht höher deklarirten und nach Art. 395 H.-G.-B. zu ersetzenden Waare ist ein Maximalsatz . . . . . 6. 266.
„ Bei der von Seiten der Eisenbahnen zu leistenden Entschädigung für verlorne oder beschädigte Frachtgüter ist der Werth von Waare und Emballage getrennt abzuschätzen . . . . . 266.
„ Bei Liquidation einer zugesprochenen Entschädigung muß der im Prinzip anerkannte Anspruch schon im ersten Verfahren durch Aufstellung der Thatsachen, aus welchen der Schaden hervorgeht, vollständig und in allen einzelnen Theilen begründet werden . . . . . 62.
„ mangelhafte Begründung des Anspruchs . . . . . 90.

Digitized by Google

Seite.

Schadenserſatz. Vorausſetzungen der der lex Aquilia nachgebildeten actio in factum auf Schadenserſatz . . . . . 91. 93. 94.
Zwiſchen dem Beſchädigten und dem Beſchädiger darf ein Contraktsverhältniß nicht beſtehen . . . . . 95.
„ ſ. auch Bauverbot . . . . . 64 ff.
Schadenserſatzpflicht. Beſteht dieſe nur, wenn die culpa mit einem Contraktsverhältniß in Verbindung ſteht und wenn die lex Aquilia analoge Anwendung findet, oder iſt ſie überhaupt Folge einer jeden unerlaubten Handlung oder einer Unterlaſſung, wo das Geſetz eine poſitive Handlung gebietet 171. 172. 177.
„ wegen nicht erfolgter Anzeige und Transſcription eines verkauften Grundſtückes . . . . . 171. 172. 177.
Schadenserſatz wegen Nichtlieferung, ſ. Friſt . . . . . 6.
„ ſ. Fauſtpfand . . . . . 26.
Schenkung. Das einem Lotteriecollecteur nach gemachtem Gewinn bewilligte Douceur iſt eine reine, nicht eine remuneratoriſche Schenkung . . . . . 22.
„ Erlaß eines Theils der Forderung iſt Schenkung . . . . . 22.
„ Auch bei einem negotium cum donatione mixtum iſt die Inſinuation nöthig, wenn der Geldwerth des auf die Schenkung fallenden Antheils ermittelt werden kann . . . . . 22.
„ unter Ehegatten, ſ. Einbringen . . . . . 54.
Schreibfehler, kann einer Partei nichts ſchaden . . . . . 399. 401.
Senatusc. Vellejanum Zuläſſigkeit der Einrede aus demſelben gegen die Klage aus dem Wechſelaccept . . . . . 103 ff.
Servitut. Die mit dem Glauben an ein Recht geſchehene Ausübung begründet einen Quaſibeſitz . . . . . 141.
„ Aus der thatſächlichen Uebung eines Rechts kann der Richter auf den Willen, daſſelbe als Recht auszuüben, ſchließen . 141.
„ unzuläſſig nach Reſ. III., 3, §. 18 . . . . . 225. ff.
„ ſ. auch Pfandobjekt . . . . . 334.
Simulation einer Ceſſion, iſt anzunehmen, wenn die Beitreibung der Forderung dem Kläger nicht für eigene Rechnung überlaſſen iſt 37 ff.
Sondergut, ſ. Lebensverſicherung . . . . . 13. 14.
„ ſ. Einbringen . . . . . 52.
Statutenmäßigkeit des Beſchluſſes der Generalverſammlung einer Aktiengeſellſchaft . . . . . 99.
Stempel, von Unterſchriftsbeglaubigungen . . . . . 35.
„ in Strafſachen . . . . . 108.
Stillſchweigen. Das Präjudiz des Art. 323 H.-G.-B. tritt nicht ein, wenn eine Partei eine Aufforderung unbeantwortet läßt, welche mit einer früher zwiſchen den Parteien getroffenen Vereinbarung in Widerſpruch ſteht . . . . . 42.
Subſtanziirung, genügende, ſ. Contocorrent 194

Digitized by Google

Seite

Testamentum, destitutum. s. Codicill . . . . . 9.
Tilgung, s. Bürge . . . . . 10.
Theilbarkeit, einer Lieferung, s. Dispositionsstellung . . . 199. 200. 202.
Transport, s. Gefahr . . . . . 207.
Transscription. Wirkung von deren Unterlassung . . . 168. 172. 175.
„ s. auch Immobilien . . . . . 336.
Trassat, s. Wechsel . . . . . 11.

Urtheil, s. Res judicata . . . . . 181. 184.

Väterliche Gewalt. Aufhören derselben durch Gründung eigenen Hausbaltes seitens großjähriger Kinder, insbesondere Töchter durch Eingehung einer Ehe ohne elterliche Beihülfe . . . . . 381.
Verjährung, s. Wechsel . . . . . 188. 190.
Verlags-Vertrag. Steht dem Autor ein klagbares Recht auf den Druck seines Werks zu, oder erfüllt der Verleger seine Gegenleistung durch Zahlung des Honorars . . . . . 388.
Verlöbniß, heimliches . . . . . 380.
Versicherung, s. Lebensversicherung S. 12 ff., s. Police . . . . 11. 372 ff.
Versteigerung, s. Eigenthumsübergang . . . . . 167.
Vertrag. Perfection eines Bauübernahme-Vertrags . . . . . 85.
„ Daß nachträglich ein Contrahent die Errichtung eines schriftlichen Dokuments verlangt, widerspricht nicht der Existenz eines mündlichen Vertrags . . . . . 86.
„ Aufhebung eines Bauübernahmevertrags wegen Unfähigkeit des Bauübernehmers . . . . . 88 ff.
„ Aufhebung des Dienstvertrags zwischen Prinzipal und Handlungsgehülfen nach H.-G.-B. Art. 63 . . . . . 235.
„ Aufhebung des Lehrvertrags nach H.-G.-B. Art. 62 . . . 335.
Verzicht, stillschweigender, wird nicht vermuthet . . . . . 387.
„ auf das statutarische Erbrecht in jüdischen Erbverträgen . . 214 ff.
Verzug. Steht auch bei Nichthandelsgeschäften, insbes. bei Käufen von Immobilien dem einen Contrahenten wegen Verzugs des andern das Recht zu, von dem Vertrag zurückzutreten . . . 75 ff.
„ Purgatio morae . . . . . 80.
„ Ob ein auf Rechnung des säumigen Käufers geschehener Verkauf als ein unverzüglicher zu betrachten ist, unterliegt der richterlichen Beurtheilung . . . . . 399.
„ s. auch Frist . . . . . 7.
Verzugszinsen, insbes. nach H.-G.-B. Art. 289 u. 291 können vom Tag der Einführung dieses Gesetzbuchs gefordert werden . . . 74.
Vindikation. Der Besitzer eines Inhaberpapiers wird gegen die Vindikation des Eigenthümers durch die Gesetze vom 8. Juli 1816 und 20. April 1830 nur dann geschützt, wenn ihm ein ding-

Digitized by Google

Seite

licher Rechtstitel zur Seite steht, also nicht in den Fällen des Art. 54 der W.-O. von 1739 . . . . . 33 ff.
Vindikation, s. auch Eigenthumsübergang . . . . . 351.
Vollmacht, s. Arrest . . . . . 72. 237. 241.
Vorausbezahlung, s. Beweislast . . . . . 25.
Vormünder, bestellt bei zweiter Ehe des überlebenden Gatten, deren Pflichten und Berechtigung zur Klaganstellung . . . . . 312.

Währschaft, bei öffentlichen Versteigerungen nicht vorgeschrieben . . . 168.
„ Raths-Verordnung vom 3. Februar 1801 u. Gesetz vom 16. März 1820 . . . . . 169. 172. 175 ff.
„ Sie bedingt nicht den Eigenthumsübergang, insbesondere an Grundstücken in der Frankfurter Gemarkung . . 169. 172. 175.
Wechsel. Mangelnde Bezeichnung eines Bezogenen . . . . . 11.
„ Beweislast bei der von dem Regreßbeklagten behaupteten Präjudizirung und Verjährung . . . . . 188. 189 ff.
„ Der Regredient muß gegen Zahlung die Rimessen und Proteste ausliefern . . . . . 191. 193.
„ Natur der wechselmäßigen Verpflichtungen auf Grund einer bestehenden Schuld . . . . . 209.
„ Ist die gegen den Wechsel-Aussteller und Acceptanten gegebene Bereicherungsklage analog auf den mit Deckung versehenen Domiciliaten auszudehnen? . . . . . 287.
„ Die Ausstellung eines Wechsels kann als eine cessio tacita des dem Tressanten gegen den mit Deckung versehenen Domiciliaten zustehenden Rückforderungsrechts angesehen werden 293.
„ s. auch Senatuscons. Vellejanum . . . . . 103.
Weigerung des Verkäufers zu liefern, s. Frist . . . . . 7.
Wich. Zahlung eines Minderwerths bei einem Liegenschaftskauf, weil Verkäufer bei dem Abschluß verschwiegen, daß der gesetzliche Bauwich vertragsmäßig herabgesetzt sei . . . . . 245.
„ Diese vertragsmäßige Herabsetzung gilt nicht als Servitut oder Reallast . . . . . 248.
Widerklage, s. Competenz . . . . . 238.

Zahlung, s. Preis S. 149 ff., s. Gefahr . . . . . 207.
Zeuge. Nochmalige Abhör eines inzwischen des Meineids verdächtig gewordenen Zeugen ist unzulässig . . . . . 40.
„ Dessen Glaubwürdigkeit . . . . . 106.
Zinsen, s. Contocorrent S. 40, s. Verzugszinsen . . . . . 74.
Zugeständniß. Ein fehlerhafter Rechnungsansatz, welcher von der Gegenparthei stillschweigend zugestanden ist, kann vom Richter nicht verbessert werden . . . . . 151.
Zunft. Einfluß des Gesetzes vom 12. Januar 1864 . . . . . 146.
„ s. auch Eidesleistung . . . . . 138. 144.

Digitized by Google